قس ربع الى الولاه الفئ والصدقات
والحدود والجمعات

[illegible]

٦٦٠

كتاب الهداية تصنيف الفقيه الامام الصدر الاجل

الكبير برهان الملة والدين شيخ الاسلام

والمسلمين اخطب الخطباء محيي السنة

علي بن ابي بكر بن عبد الجليل

الفرغاني رحمه الله

من انشاء الامام عماد الدين ابن شيخ الاسلام صاحب الهداية

كتاب الهداية يهدي الهدى ... الى حافظيه ويجلو العمى

فلازمه واحفظه يا ذا الحجى ... فمن ناله نال اقصى المنى

سئل الامام ظهير الدين رحمه الله عن كلب اذا نزا على عنز فولدت حملا يشبه رأسها رأس الكلب وسائر جسدها كجسد العنز [illegible] لا يؤكل الا اذا تقدم اليها علفا ولحما فان تناول العلف يذبح ويرمى رأسها ويؤكل الباقي وان اكل اللحم لا يؤكل وان اكل العلف واللحم يضرب حتى يصيح فان كان لها نباح كنباح الكلب لا يؤكل وان كانت تنعر مثل العنز يذبح ويرمى رأسها ويؤكل الباقي وان كان لها نباح ينظر ان كان كرش يؤكل الا رأسها والا لا يؤكل ... ترجمان

الدهر ذو دول فانظر عجائبه ... الكلب في صحة والليث محموم

لا تعجبن بالدهر من عجب ... العبد في نعمة والحر محروم

عجبا لجسمك كيف يلحقه الالم ... وهو الذي لم يبق الا الكرم

قال الرازي هذا بكى ذنبه ... فاجبتهم اني وكيف ما اجتنبتم

لكنه يصدق قول نبينا ... لا خير في جسم يعيش بلا سقم

لمصنف الهداية في اجازة ابنه عماد الدين رحمهما الله

اجزت لكم ابني عماد وعلي جميع ما ... سمعت وما حاطت بخواطر بالجمع

وما نال من الاشياخ عند لقائهم ... وما كتبوا فيه وما فاته سمعي

وما كان لي منهم مجاز وقد رأوا ... روايته وما جوزوا ما اسمع

بني ادع لي بالخير بعدي فانني ... عادك اهوى لا يكادك يدع

لبعض الاسلام الشافعي رحمه الله

شغلنا الكتب العلم عن طلب الغنى ... كما شغلوا الكتب المال بالوفر

فصار لهم حظ من الجهل والغنى ... وصار لنا حظ من العلم والذكر

القدوري منسوب الى القدور وهو اسم موضع ببغداد [illegible]

شكى رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم من الوسوسة في الصلوة فقال عليه السلام [illegible] لا يدخل بيتا ليس فيها شئ وذلك محض الايمان

[illegible]

قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان اخر الزمان يرفع الله اربعة اشياء اولها الرحمة من القلوب والثاني البركة من الارض والثالث الحياء من النساء والرابع العدل من الامراء صدق

يؤخذ الخراج من تارك الصلوة في كل شهر خمسة دراهم [illegible]

رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال

لا بأس بترك السنن في السفر لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه كان مع رسول الله عليه السلام فلم يصل السنن لا قبلها ولا بعدها سوى الفرض ... مبسوط

رجل توضأ [illegible] ثم احدث في خلال الوضوء وكان على الوضوء [illegible]

اشربه قسمندن مثلث عنبی زید الحجه کره معتاد قوام درسه وجه مشروع اوزره اولان مثلثك شربی
شرعا حلال اولورمی

الجواب

شروع قصدی سوق زواج اولدیغی انامده وقطعه معنی حرامدن
امام قولنه المام دراحتیاط انده در

الفقیر
سعد الدین

كتاب الطهارة ١	فصل في نواقض الوضوء ٢	فصل الغسل ٣	باب الماء الذي يجوز الوضوء وما لا يجوز ٤	
فصل في البئر ٥	فصل في الاسآر وغيرها ٥	باب التيمم ٦	باب المسح على الخفين ٧	باب الحيض فصل المستحاضة ٨
فصل في النفاس ٩	باب الانجاس وتطهيرها ٩	فصل في الاستنجاء ١١	كتاب الصلوة باب المواقيت ١١	فصل في الاوقات ١٢
باب الاذان ١٢	باب شروط الصلوة ١٣	باب صفة الصلوة ١٤	فصل في القراءة ١٧	باب الجماعة ١٧
باب الحدث في الصلوة ١٩	باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها ٢٠	فصل ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه ٢٠	باب صلوة الوتر ٢١	باب النوافل ٢٢
فصل القراءة في الفرائض ٢٢	فصل في صيام شهر رمضان ٢٢	باب ادراك الفريضة ٢٣	باب قضاء الفوائت ٢٤	باب سجود السهو ٢٥
باب صلوة المريض ٢٦	باب سجدة التلاوة ٢٦	باب صلوة المسافر ٢٧	باب الجمعة ٢٨	باب العيدين ٢٩
فصل في تكبير التشريق ٣٠	باب صلوة الكسوف ٣٠	باب الاستسقاء ٣٠	باب صلوة الخوف ٣٠	باب الجنائز ٣٠
فصل في الغسل ٣١	فصل في التكفين ٣١	فصل في الصلوة على الميت ٣١	فصل في حمل الجنازة ٣٢	فصل في الدفن ٣٢
باب الشهيد ٣٢	باب الصلوة في الكعبة ٣٣	كتاب الزكوة ٣٣	باب صدقة السوائم ٣٤	فصل في الابل ٣٤
فصل في البقر ٣٤	فصل في الغنم ٣٤	فصل في الخيل ٣٥	فصل ليس في الحملان والفصلان صدقة ٣٥	باب زكوة المال ٣٦
فصل في الفضة ٣٦	فصل في الذهب ٣٦	فصل في العروض ٣٦	باب فيمن يمر على العاشر ٣٦	باب في المعادن والركاز ٣٧

باب زكوة الزروع والثمار ٣٨	باب من يجوز دفع الصدقة ومن لا يجوز ٣٩	باب صدقة الفطر ٤٠	فصل في مقدار الواجب ووقته ٤١	كتاب الصوم ٤١
باب ما يوجب القضاء والكفارة ٤٣	فصل ومن كان مريضا في رمضان ٤٤	فصل فيما يوجبه على نفسه ٤٦	باب الاعتكاف ٤٧	كتاب الحج ٤٧
باب الاحرام ٤٨	باب القران ٥٤	باب التمتع ٥٥	باب الجنايات ٥٧	فصل في السطر المحرم اهراه ٥٨
فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا ٥٩	فصل صيد المحرم ٦٠	باب مجاوزة الميقات بغير احرام ٦٣	باب اضافة الاحرام الى الاحرام ٦٤	باب الاحصار ٦٤
باب الفوات ٦٥	باب الحج عن الغير ٦٦	باب الهدي ٦٦	مسائل منثورة ٦٨	كتاب النكاح ٦٨
فصل في بيان المحرمات ٦٩	باب الاولياء والاكفاء ٧١	فصل في الكفاءة ٧٢	فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٧٣	باب المهر ٧٤
باب نكاح الرقيق ٧٨	باب نكاح اهل الشرك ٧٩	باب القسم ٨١	كتاب الرضاع ٨١	كتاب الطلاق باب طلاق السنة ٨٢
باب ايقاع الطلاق ٨٤	فصل في اضافة الطلاق ٨٥	فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق ٨٦	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ٨٧	فصل في الطلاق قبل الدخول ٨٧
باب تفويض الطلاق ٨٩	فصل في الاختيار ٨٩	فصل في الامر باليد ٨٩	فصل في المشيئة ٩٠	باب الايمان في الطلاق ٩٢
فصل في الاستثناء ٩٣	باب طلاق المريض ٩٣	باب الرجعة ٩٤	فصل فيما تحل به المطلقة ٩٦	باب الايلاء ٩٧
باب الخلع ٩٧	باب الظهار ٩٩	فصل في الكفارة ١٠٠	باب اللعان ١٠١	باب العنين وغيره ١٠٢
باب العدة ١٠٣	باب ثبوت النسب ١٠٥	باب الولد من احق ١٠٧	فصل اذا اراد المطلقة ان تخرج بولدها ١٠٧	باب النفقة ١٠٧

فصل واذا طلق الرجل امرأته ١٠٩	فصل وعلى الرجل ان يعتق على ابويه ١١٠	كتاب الاعتاق ١١٢	باب العبد يعتق بعضه ١١٤	باب عتق احد العبدين ١١٧
باب الحلف بالعتق ١١٨	باب العتق على جعل ١١٨	باب التدبير ١١٩	باب الاستيلاد ١٢٠	كتاب الايمان ١٢١
باب ما يكون يمينا وما لا يكون ١٢١	فصل في كفارة اليمين ١٢٢	باب اليمين في الدخول والسكنى ١٢٣	باب اليمين ١٢٣	باب اليمين في الاكل والشرب ١٢٤
باب اليمين في الكلام ١٢٦	باب اليمين في العتق والطلاق ١٢٧	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج ١٢٨	باب اليمين في الحج والصلوة ١٢٨	باب اليمين في لبس الثياب ١٢٩
باب في اليمين في القتل والضرب وغيره ١٢٩	باب اليمين في تقاضي الدراهم ١٢٩	مسائل شتى ١٣٠	كتاب الحدود ١٣٠	فصل في كيفية الحدود واقامته ١٣٠
باب الوطء الذي يوجب الحد وما لا يوجب ١٣٢	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ١٣٤	باب حد الشرب ١٣٦	باب حد القذف ١٣٧	كتاب السرقة ١٣٩
باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ١٣٩	فصل في الحرز والاخذ منه ١٤١	فصل في كيفية القطع واثباته ١٤٢	باب ما يحدث السارق في السرقة ١٤٤	باب قطع الطريق ١٤٤
كتاب السير ١٤٥	باب الموادعة ومن يجوز امانه ١٤٧	باب الغنائم وقسمتها ١٤٨	فصل في كيفية القسمة ١٥٠ فصل في التنفيل ١٥١	باب استيلاء الكفار ١٥١
باب المستأمن ١٥٢	فصل واذا دخل الحربي الينا ١٥٣	باب العشر والخراج ١٥٤	باب الجزية ١٥٥	فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة ١٥٦
باب احكام المرتدين ١٥٧	باب البغاة ١٥٩	كتاب اللقيط ١٦٠	كتاب اللقطة ١٦١	كتاب الاباق ١٦٢
كتاب المفقود ١٦٣	كتاب الشركة ١٦٤	فصل ولا تنعقد الشركة ١٦٥	فصل في الشركة الفاسدة ١٦٧	كتاب الوقف ١٦٨
كتاب البيوع ١٧١	فصل والبناء في العرف ١٧٣	باب خيار الشرط ١٧٣	باب خيار الرؤية ١٧٥	باب خيار العيب ١٧٧

باب كيفية القتال ١٤٦

باب البيع الفاسد ١٧٩	فصل في احكام البيع الفاسد ١٨٣	فصل فيما يكره ١٨٤	باب الاقالة ١٨٤	باب المرابحة ١٨٥
فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ١٨٦	باب الربوا ١٨٧	باب الحقوق ١٨٩	باب الاستحقاق ١٩٠	فصل في بيع الفضولي ١٩٠
باب السلم ١٩١	مسائل منثورة ١٩٤	كتاب الصرف ١٩٥	كتاب الكفالة ١٩٨	فصل في الضمان ٢٠١
باب كفالة الرجلين ٢٠٢	باب كفالة العبد ٢٠٢	كتاب الحوالة ٢٠٣	كتاب ادب القاضي ٢٠٣	فصل في الحبس ٢٠٥
كتاب القاضي الى القاضي ٢٠٥	فصل آخر ٢٠٦	باب التحكيم ٢٠٦	مسائل شتى من كتاب القضاء ٢٠٧	فصل في القضاء بالمواريث ٢٠٨
كتاب الشهادات ٢١٠	فصل وما يتحمله الشاهد ٢١١	باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل ٢١٢	باب الاختلاف في الشهادة ٢١٤	فصل في الشهادة على الارث ٢١٥
باب الشهادة على الشهادة ٢١٥	باب الرجوع عن الشهادات ٢١٦	كتاب الوكالة ٢١٧	باب الوكالة بالبيع والشراء ٢١٨	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ٢٢٠
فصل في البيع ٢٢١	فصل واذا وكل وكيلين ٢٢٢	باب الوكالة بالخصومة والقبض ٢٢٢	باب عزل الوكيل ٢٢٤	كتاب الدعوى ٢٢٤
فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٢٢٦	باب التحالف ٢٢٧	فصل فيمن لا يكون خصما ٢٢٩	باب ما يدعيه الرجلان ٢٣٠	فصل في التنازع ٢٣٢
باب دعوى النسب ٢٣٣	كتاب الاقرار ٢٣٥	باب الاستثناء وما في معناه ٢٣٦	باب اقرار المريض ٢٣٨	فصل ومن اقر بغلام ٢٣٩
كتاب الصلح ٢٣٩	فصل والصلح جائز ٢٤٠	باب التبرع بالصلح والتوكيل به ٢٤١	باب الصلح في الدين ٢٤١	فصل في الدين المشترك ٢٤١
فصل في التخارج ٢٤٢	كتاب المضاربة ٢٤٢	باب المضارب يضارب ٢٤٤	فصل واذا شرط المضارب لرب المال ٢٤٥	فصل في العزل والقسمة ٢٤٥

باب اليمين ٢٢٥

فصل فيما يفعله المضارب ٢٤٦	فصل آخر في الاختلاف ٢٤٧	كتاب الوديعة ٢٤٨	كتاب العارية ٢٥٠	كتاب الهبة ٢٥١
باب الرجوع في الهبة ٢٥٣	فصل ومن وهب جارية ٢٥٢	فصل في الصدقة ٢٥٤	كتاب الإجارة ٢٥٤	باب الأجر متى يستحق ٢٥٤
فصل ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة ٢٥٩	باب ما يجوز من الإجارة وما لا ٢٥٦	باب الإجارة الفاسدة ٢٥٧	باب ضمان الأجير ٢٥٩	باب الإجارة على أحد الشرطين ٢٦٠
باب إجارة العبد ٢٦١	باب الاختلاف ٢٦١	باب فسخ الإجارة ٢٦١	كتاب المكاتب ٢٦٢	فصل في الكتابة الفاسدة ٢٦٣
باب ما يجوز للمكاتب ٢٦٤	فصل إذا اشترى المكاتب أباه ٢٦٤	فصل وإذا ولدت المكاتبة ٢٦٥	باب كتابة العبد المشترك ٢٦٦	باب موت المكاتب وعجزه ٢٦٨
كتاب الولاء ٢٦٩	فصل في ولاء الموالاة ٢٧٠	كتاب الإكراه ٢٧١	فصل وإن أكره على أن يأكل الميتة ٢٧١	كتاب الحجر ٢٧٢
باب الحجر للفساد ٢٧٣	فصل في حد البلوغ ٢٧٤	باب الحجر بسبب الدين ٢٧٥	كتاب المأذون ٢٧٥	كتاب الغصب ٢٧٩
فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ٢٨٠	فصل ومن غصب عينا ٢٨١	فصل في غصب ما لا يتقوم ٢٨٢	كتاب الشفعة ٢٨٣	باب طلب الشفعة ٢٨٤
فصل في الاختلاف ٢٨٦	فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٢٨٦	باب ما يجب فيه الشفعة ٢٨٧	باب ما يبطل به الشفعة ٢٨٨	مسائل متفرقة ٢٨٩
كتاب القسمة ٢٩٠	فصل فيما يقسم وما لا يقسم ٢٩١	فصل في كيفية القسمة ٢٩٢	باب دعوى الغلط ٢٩٣	فصل وإذا استحق بعض نصيب أحدهما ٢٩٣
فصل في المهايأة ٢٩٤	كتاب المزارعة ٢٩٥	باب المساقاة ٢٩٧	كتاب الذبائح ٢٩٨	كتاب الأضحية ٣٠١
كتاب الكراهية ٣٠٤	فصل في اللبس ٣٠٥	فصل في الوطء والنظر والمس ٣٠٦	فصل في الاستبراء ٣٠٨	فصل في البيع ٣٠٩

باب من يكاتب عن العبد ٢٦٦

مسائل متفرقة ٣١١	كتاب إحياء الموات ٣١٢	فصل في كري الأنهار ٣١٥	فصل في الدعوى والاختلاف ٣١٥	كتاب الأشربة ٣١٦
فصل في طبخ العصير ٣١٨	كتاب الصيد ٣١٩	فصل في الجوارح ٣١٩	فصل في الرمي ٣٢١	كتاب الرهن ٣٢٢
باب ما يجوز ارتهانه ٣٢٥	فصل ومن رهن عبدين ٣٢٨	باب الرهن يوضع عند عدل ٣٢٨	باب التصرف في الرهن ٣٢٩	فصل ومن رهن عصيرا ٣٣٤
كتاب الجنايات ٣٣٥	باب ما يوجب القصاص ٣٣٥	باب القصاص فيما دون النفس ٣٣٩	فصل في الشجاج ٣٤٢	فصل في أصابع اليد ٣٤٣
باب ما يحدثه الرجل في الطريق ٣٤٦	فصل في الحائط المائل ٣٤٨	باب جناية البهيمة ٣٤٩	باب جناية المملوك ٣٥١	فصل ومن قتل عبدا خطأ ٣٥٣
فصل في جناية المدبر ٣٥٤	باب غصب العبد والمدبر والصبي ٣٥٥	باب القسامة ٣٥٦	كتاب المعاقل ٣٥٩	كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ٣٦١
باب الوصية بثلث المال ٣٦٣	فصل في اعتبار حالة الوصية ٣٦٦	باب العتق في المرض ٣٦٦	باب الوصية للأقارب وغيرهم ٣٦٧	باب الوصية بالسكنى والخدمة ٣٦٨
كتاب وصية الذمي ٣٧٠	باب الوصي وما يملكه ٣٧٠	فصل في الشهادة ٣٧٣	كتاب الخنثى ٣٧٣	فصل في أحكامه ٣٧٤
	مسائل شتى ٣٧٤	م		
وإذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول ٣٣٧	فصل ومن قطع يد رجل خطأ ٣٣٩	باب الشهادة في القتل ٣٤٠	باب في اعتبار حالة القتل ٣٤٠	كتاب الديات ٣٤١
فصل فيما دون النفس ٣٤١	صح			

فصل في الجنين ٣٤٥

الحمد لله الذى اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعائر الشرع واحكامه وبعث رسلا وانبيا
عليهم السلام الى سبل الحق هادين واخلفهم علماء رحمهم الله الى سنن سننهم داعين يسلكون
فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه فى ذلك وهو ولى الارشاد وخص اوائل
المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلى ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع
والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار
بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد
فى مبدا بداية المبتدى ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهى فشرعت فيه والوعد
يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكى عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب
وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب وصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية اجمع فيه
بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد فى كل باب معرضا عن هذا النوع
من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول تنسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقنى لاتمامها
ويختم لى بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب فى الاطول والاكبر
ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله
ثم سالنى بعض اخوانى ان املى عليهم المجموع الثانى فافتتحته مستعينا بالله فى تحرير ما اقاوله متضرعا
اليه فى التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير . لله اعلم

كتاب الطهارة

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة
غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة
وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه
الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان تدخلان فى الغسل عندنا خلافا لزفر هو يقول
ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل فى الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها

اذ لولاها

اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفى باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم ينطلق على الامساك
ساعة والكعب هو العظم الناتى هو الصحيح ومنه الكاعب والمفروض فى مسح الراس مقدار
الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم
فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعى
فى التقدير بثلث شعرات وعلى مالك فى اشتراط الاستيعاب وفى بعض الروايات قدره بعض اصحابنا
بثلاث اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل فى آلة المسح قال رحمه الله وسنن الطهارة
غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضى من نومه لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا استيقظ احدكم من نومه فلا يغمسن يده فى الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدرى
اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فتسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل
الى الرسغ لوقوع الكفاية به فى التنظيف وتسمية الله تعالى فى ابتداء الوضوء لقوله صلى
الله عليه وسلم لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد نفى الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها
فى الكتاب سنة ويسمى بعد الاستنجاء وقبله هو الصحيح والسواك لانه صلى الله عليه وسلم
كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك والاصح انه
مستحب والمضمضة والاستنشاق لانه صلى الله عليه وسلم فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض
ثلاثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكى من وضوئه عم ومسح الاذنين
وهو سنة بماء الراس خلافا للشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم الاذنان من الراس والمراد
بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبى صلى الله عليه وسلم امره جبرئيل بذلك وقيل هو سنة
عند ابى يوسف جائز عندهما لان السنة اكمال الفرض فى محله والداخل ليس بمحل له وتخليل
الاصابع سنة لقوله صلى الله عليه وسلم خللوا اصابعكم لا تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض
فى محله وتكرار الغسل الى الثلث لان النبى صلى الله عليه وسلم توضا مرة مرة وقال هذا وضوء من لا
يقبل الله الصلوة الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف له الاجر مرتين
وتوضا ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئى ووضوء الانبياء من قبلى فمن زاد على هذا او نقص
فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب للمتوضى ان ينوى الطهارة فالنية
فى الوضوء سنة عندنا وقال الشافعى فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم
ولنا انه لا يقع عبادة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال
المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا فى حالة ارادة الصلوة او هو ينبى عن القصد
ويستوعب راسه بالمسح وهو السنة وقال الشافعى السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا
بالمغسول ولنا ان انسا رضه توضا ثلاثا ثلاثا ومسح على راسه مرة واحدة وقال هذا وضوء
رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع

على ما روي عن ابي حنيفة ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الاية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله يحب التيامن في كل شيء

فصل في نواقض الوضوء

المعاني الناقضة للوضوء كل ما خرج من السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي انه صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع النجاسة امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من كل دم سائل وقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لان في زوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم القلس حدث ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار فيحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ناقض اذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما

النازل

النازل من الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهرا ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من الوقوع بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها هو الصحيح لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قاعدا او قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس انها لا تنقض وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم تكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من راس الجرح او سقط اللحم لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن راس الجرح ينقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة

اى اغتسلوا ابدانكم والبدن يتناول الظاهر والباطن الا ان ما لا يمكن ايصال الماء الى الباطن سقط اعتباره للضرورة كما سقط عن الظاهر اذا كان به خرج او عدم الماء وقد امكن ايصال الماء اليها بلا ضرورة ٥ كافى

اى السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين فى الوضوء لنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله صلى الله عليه وسلم انهما فرضان فى الجنابة وسنتان فى الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل بيديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما فى مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر ويبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها فى الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح لما فيه من الحرج بخلاف اللحية لانه لا حرج فى ايصال الماء الى اثنائها **قال** والمعانى الموجبة للغسل انزال المنى على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة فى حالة النوم واليقظة وعند الشافعى خروج المنى كيف ما كان يوجب الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء اى الغسل من المنى لنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة فى اللغة خروج المنى على وجه الدفق والشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابى حنيفة ومحمد انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعن ابى يوسف ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط فى الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله صلى الله عليه وسلم اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب للانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج فى الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس للاجماع وسن رسول الله الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل فى يوم الجمعة حسنا فى الاصل وقال مالك هو واجب لقوله صلى الله عليه وسلم من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند ابى يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذى بالرائحة واما فى عرفة والاحرام فسنبينه فى المناسك وليس فى المذى والودى غسل وفيهما الوضوء لقوله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذى وفيه الوضوء والودى الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمنى خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذى رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير

مأثور عن عائشة رضى الله عنها والله اعلم

باب الماء الذى يجوز به الوضوء وما لا يجوز

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شىء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وقوله صلى الله عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بماء اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة فى هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه واما الذى يقطر من الكرم يجوز التوضى به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره فى جوامع ابى يوسف وفى الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضى به وتجوز الطهارة بماء خالطه شىء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذى اختلط به اللبن او الزعفران او الصابون او الاشنان **قال** رحمه الله اجرى فى المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروى عن ابى يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفى والامام السرخسى وقال الشافعى لا يجوز التوضى بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا يرى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا يرى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما فى اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضى به لانه لم يبق فى معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة فى النظافة كالاشنان ونحوه لان الميت يغسل بالماء الذى اغلى بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعى يجوز ان كان الماء قلتين لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم فى الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذى رواه مالك ورد فى بئر بضاعة وماؤها كان جاريا فى البساتين وما رواه الشافعى ضعفه ابو داود فى سننه او هو يضعف عن احتمال النجاسة هذا حكم الماء الراكد القليل **قال** والماء الجارى اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والماء الجارى ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم

الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عند ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف وعنه التحريك باليد وعن محمد بالتوضي ووجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وهو الاصح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه يتنجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف انه لا يتنجس الا بظهور اثر النجاسة فيه كالماء الجاري **قال رحمه الله** وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها وقال الشافعي يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى وطهر لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد **قال رحمه الله** والماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضئا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتقاض طهوريته وبقاء الطهارة عملا بالشبهين بقدر الممكن وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف هو نجس لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسته غليظة اعتبارا بالمستعمل في الحقيقة وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف **قال رحمه الله** والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه وهذا عند ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض

مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه **قال** وكل اهاب دبغ فقد طهر جازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع بالميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس ينصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان حرمة الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

اذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم يفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان الآبار التي في الفلوات ليس لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحماة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد نجس عندهما له انه صلى الله عليه وسلم امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا

من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يوكل لحمه و
تاويل ما روى انه عرف شفاءهم فيه وحينئذ عند ابى حنيفة لا يحل شربه للتداوى لانه لا يتيقن
بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابى يوسف يحل للتداوى للقصة وعند محمد يحل
للتداوى وغيره لطهارته عنده فان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية
او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغره يعنى بعد اخراج الفارة
لحديث انس رض انه قال فى الفارة اذا ماتت فى البئر واخرجت من ساعتها ينزح منه عشرون
دلوا والعصفورة ونحوها يعادل الفارة فى الجثة فاخذ حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون
بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين
وفى الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روى عن ابى سعيد الخدرى انه قال فى الدجاجة
اذا ماتت فى البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب
ثم المعتبر فى كل بئر دلوها الذى يستقى بها منها وقيل دلو يسع فيها صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود وان مات فيها شاة او آدمى او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس
وابن الزبير افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجى فى بئر زمزم وان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع
ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة فى اجزاء الماء وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها
اخرجوا مقدار ما كان فيها وطريق معرفته ان تحفر حفرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما
ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء ثم
تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن ابى يوسف وعن محمد مائتا
الى ثلثمائة فكانه بنى على ما شاهد فى بلده وعن ابى حنيفة فى الجامع الصغير مثله ينزح حتى يغلبهم الماء
ولم يقدر الغلبة بشىء كما هو دابه وقيل يوخذ بقول رجلين لهما بصارة فى امر الماء وهذا اشبه بالفقه

قال رحمه الله وان وجد فى البئر فارة او غيرها لا يدرى متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة
يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شىء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت
اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا ليس عليهم اعادة شىء حتى يتحققوا متى
وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن راى فى ثوبه نجاسة لا يدرى متى اصابته
ولابى حنيفة ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع فى الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ
دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم و
ليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هى
على الخلاف فيقدر بالثلث فى البالى وبيوم وليلة فى الطرى ولو سلم فالثوب بمراى عينه والبئر غائب
عن بصره فيفترقان

فصل فى الاسآر وغيرها

وعرق كل شىء معتبر بسوره لانهما
يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه وسور الآدمى وما يوكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب

الثعلب للضرورة وسور الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة
بحيث لا يصل منقارها الى ص

وقد تولد من لحم طاهر فيكون طاهرا ويدخل فى هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسور الكلب نجس
ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله صلى الله عليه وسلم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه
يلاقى الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد فى الغسل
وهو حجة على الشافعى فى اشتراط السبع ولان ما يصيبه العين على ما مر وسور سباع البهائم
نجس خلافا للشافعى فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر
فى الباب وسور الهرة طاهر مكروه وعن ابى يوسف انه غير مكروه لان النبى صلى الله عليه وسلم
كان يصغى لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع والمراد به بيان
الحكم الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ولو شربت
على فورها الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابى حنيفة
وابى يوسف ويسقط اعتبار ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سور سباع
الطير لانها تاكل الميتات فاشبهت المخلاة وعن ابى يوسف انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها
انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية وسور ما يسكن فى البيوت كالحية والفارة
مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السور الا انه سقطت النجاسة لعلة الطواف فبقيت الكراهة
والتنبيه على العلة فى الهرة وسور الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك فى طهارته لانه لو كان
طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك فى طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق
لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر وان حرم وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش فكذا
سوره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة فى اباحته
وحرمته او اختلاف الصحابة فى نجاسته وطهارته وعن ابى حنيفة انه نجس ترجيحا للحرمة
والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضا بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم
وقال زفر لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا
ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا
عنده فى الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضا به ولا يتيمم
لحديث ليلة الجن فان النبى صلى الله عليه وسلم توضا به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف يتيمم ولا
يتوضا به وهو رواية عن ابى حنيفة وبه قال الشافعى عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ
بها لان الاية مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد يتوضا ويتيمم لان فى الحديث اضطرابا
وفى التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ
والحديث مشهور عملت به الصحابة وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده
اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على
الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضى به وان غيرته النار فما دام حلوا

فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة يجوز التوضي به لانه يحل شربه وعند محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة في المصر نادر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحدهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله صلى الله عليه وسلم التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤوا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال صلى الله عليه وسلم عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل خاصة وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا من النص وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث والجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه

ليس بقربة

ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود والذي هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة قادر تقديرا والمراد ماء يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجو ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق وجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويجوز التيمم للصحيح في المصر اذا حضرته جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه فان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته فيفسد ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوات لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر اربعا لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه غيره بامره والذكر في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما لو كان في رحله ثوب نسيه فصلى عريانا ولان رحل المسافر معدن الماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه لا قدرة الا بالعلم وهو المراد

بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال وتسلمه الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء يفوت الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا فان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلب لانه واجد الماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه يتيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من راه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا حلول الحدث بالقدم ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست الخف على السيلان ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لالة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كثير تبين منه قدر ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي

ولنا

ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل الخرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكبير ان ينكشف منه قدر ثلث اصابع من اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بظهور الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالاخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة لكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدا المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه اخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من الكرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان ينفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي فيه اذا كانا ثخينين وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في

نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجباير وان شد على غير وضوء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وامر عليا به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثره ذكره الحسن ولا يتوقف لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قايم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر فان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله صلى الله عليه وسلم اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزايد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر ثم الزايد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في ايام الحيض حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن الصافي ولهما ما روي ان عايشة جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت فلا تكون حيضا والحيض يسقط عن الحايض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوات لقول عايشة كانت احدانا على عهد رسول الله اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوة حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله صلى الله عليه وسلم فاني لا احل المسجد لحايض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحايض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقرأ الحايض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحايض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح

ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح **قال** واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد **قال** والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم الجاري قال رحمه الله هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله وآخره كالنصاب في مال الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطي لقوله صلى الله عليه وسلم توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير فانها دم عرق انفجر واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزايد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل

والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدايم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرايض والنوافل وقال الشافعي تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر استانفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا

حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر
اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عنده بالحدث
السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف وفائدة الخلاف
لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي
للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر قبله ولابي يوسف انه لابد من تقديم الطهارة على
الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار
الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلي
الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه
للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر لانتقاضه بخروج الوقت المفروضة والمستحاضة هي التي
لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناه
وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ
من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه
الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعي رح
حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة
والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن
ابي حنيفة ومحمد لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير نفساء
وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج
من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة
لحديث ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي رح
في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس
ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض فان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما
لانه امكن جعله نفاسا واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند
ابي حنيفة وابي يوسف وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير وهو قول
زفر لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالاخير
اجماعا ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول
وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان
الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال صلى الله عليه وسلم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء

واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة
الصلوة يشتمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحو
ذلك مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رح
لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقات والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس
ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة
للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب
والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما
ولم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة
والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو القياس
الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني
على ما نذكره ولهما قوله صلى الله عليه وسلم فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض
لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا
جف واذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره
ولا يطهره وعن ابي يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى
واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا وان اصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له
كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد
جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من
اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب
اجزأ فيه الفرك لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا
وقال الشافعي المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال صلى الله عليه وسلم انما يغسل الثوب من
خمس وذكر منها المني ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى
فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود
الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة او السيف اكتفي بمسحهما
لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة
فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي لا يجوز
لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها وانما
لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث
وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج
وبول الحمار اذا اصابت الثوب جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال الشافعي

وزفر قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه ما لم يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع موضع الذي اصابه كالذيل والكم والدخريص وعن ابي يوسف انه شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الارواث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق والخانات بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فيكتفى مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول وعن محمد انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخففة نجاسته عند ابي يوسف ولحمه مأكول عندهما واما عند ابي حنيفة فالتخفيف لتعارض الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول ان التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك او من لعاب البغل والحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك

فيه فلا تنجس به الطاهر فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع منه قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها ما يشق زوالها لان الحرج مدفوع وهذا يشير الى ان الغسل لا يشترط بعد زوال العين وان زالت بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارتها ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم وليستنج بثلاثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الاحجار الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة المخرج لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء باليمين والله اعلم

كتاب الصلوة باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبرئيل ع م فانه ام النبي صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر هو

هو المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبرئيل عليه السلام
في اليوم الاول حين زالت الشمس واخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى
في الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة وفي الزوال هو الفيء الذي
يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبرئيل ع م في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله صلى الله عليه وسلم
ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت
الآثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين واخر وقتها
ما لم تغرب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد
ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله
مقدار ما يتوضأ ويصلي فيه ثلاث ركعات لان جبرئيل ع م ام النبي صلى الله عليه وسلم في اليومين
في وقت واحد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اول المغرب اذا غربت الشمس واخره حين يغيب الشفق
وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم الشفق
هو الحمرة وله قوله عليه السلام واخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف
على ابن عمر ذكره مالك في الموطا وفيه اختلاف الصحابة واول وقت العشاء اذا غاب
الشفق واخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله صلى الله عليه وسلم واخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو
حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء واخره ما لم يطلع
الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رحمه الله هذا عندهما وعند ابي حنيفة
وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام
اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه
وما نرويه **قال** والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية
انس كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها
وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر
تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتأخير اليه مكروه ويستحب تعجيل
المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي بخير
ما عجلوا المغرب واخروا العشاء **قال** وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله صلى الله عليه وسلم
لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل
في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة
وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة و
التأخير الى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب

في الوتر لمن يألف صلوة الليل اخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله صلى الله عليه وسلم
من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم اخر الليل فليوتر اخر الليل واذا كان
يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلهما لان في تأخير
العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم
في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة التأخير في ذلك كله للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء
بعد الوقت لا قبله **فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة** لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس
ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة قال ثلث اوقات نهانا رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر موتانا فيها عند طلوع حتى ترتفع وعند زوالها
حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله ان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن
غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة في حق النوافل وحجة على
ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلوة جنازة لما رويناه ولا سجدة تلاوة
لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت
لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في اخر الوقت قاضٍ
واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا
تتأدى بالناقص **قال** والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة
حتى لو صلاها فيه او تلا سجدة فيها وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب
بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب
الشمس لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت
ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول
لا لمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور
لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده
لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدي ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي
الفجر لانه صلى الله عليه وسلم لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تأخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال
عن استماع الخطبة **باب الاذان** الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة
للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه
وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي فيه ذلك لحديث ابي
محذورة ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه
تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا

قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي صلى الله عليه وسلم نائما فقال عليه السلام ما احسن هذا اجعله
في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح
قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي
في قوله انها فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله
اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان النازل
من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة
السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم وان استدار
في صومعته فحسن مراده اذا لم يستطع تحويل وجهه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما
كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل ان يجعل اصبعيه في
اذنيه بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها
ليست بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان
والاقامة حسن وكره في سائر الاوقات ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على
حسب ما تعارفوه وهذا التثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس
وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور
الدينية وقال ابو يوسف لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام
عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده
محمد لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور
المسلمين كي لا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه
ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة
ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة
فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات
والفرق قد ذكرناه قال يعقوب رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد
ما قلناه وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله صلى الله عليه وسلم ويؤذن لكم خياركم
ويؤذن للفائتة ويقيم لانه صلى الله عليه وسلم قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة
وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا
في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة
لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال وعن محمد انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم
جميعا وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان

الوضوء

الوضوء فيه استحبابا كما في قراءة القرآن ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين
الاقامة والصلوة ويروى انه لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره
الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية
واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان شبها بالصلوة فيشترط
الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا
اذن على غير وضوء واقام لا يعيده والجنب احب الي ان يعيده وان لم يعد اجزاه
واما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه
ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة
وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة
قال وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على الوجه المسنون
ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام
وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير
من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله صلى الله عليه وسلم لبلال لا تؤذن
حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يده عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله صلى الله عليه وسلم
لابني ابي مليكة اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة
جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح
وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على
هيئة الجماعة فان تركهما جميعا جاز لقول ابن مسعود اذان الحي يكفينا والله اعلم

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى
وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا
زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال صلى الله عليه وسلم لا صلوة
لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله صلى الله عليه وسلم عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبتيه ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة
ليست بعورة خلافا لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها
على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة
الا وجهها وكفيها لقوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء
بابدائهما قال رحمه الله وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو
الاصح فان صلت وربع ساقها او ثلثها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد فان

كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشئ انما يوصف
بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج
عن حد القلة في الرواية المانعة لانه ليس بقليل او عدم الدخول في ضده في غير المانعة لانه ليس
بكثير لهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الراس والحلق والاحرام ومن راى وجه غيره
يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا
الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما
وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده
وكذا الانثيان هذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة
وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك
الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر
حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها
ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه
لان ربع الشئ يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وهو احد قولي
الشافعي لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة
وابي يوسف يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع
جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حق الصلوة وترك
الشئ الى خلف لا يكون والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها
ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان
فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر واجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه
لا خلف له والايماء خلف عن الاركان **قال** وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها
وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة
بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التميز الا بالنية والمتقدم من النية
على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتأخرة
عنه منها لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي
الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك
لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح
وان كانت فرضا لا بد من تعيين فرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا
بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه

ويستقبل

ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها
ومن كان غائبا عنها ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان
خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه
القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد لان الصحابة تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم
النبي صلى الله عليه وسلم لان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار
فوق التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر
لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد
بالوسع وان علم ذلك في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول
القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبي صلى الله عليه وسلم وكذا اذا تحول رأيه
الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى
قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه
فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلف الامام ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود
التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال
امامه تفسد صلوته لانه اعتقده على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة فرائض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك
فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة
في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت
هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ **قال**
وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم
السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة
التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة
فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب
لما انه وجب ثبوتها بالسنة قال واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال صلى الله عليه وسلم
تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها
التطوع هو يقول انه يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف
الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة
الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم
واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف رحمه

والمحكي عن الطحاوي والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم
على الاثبات ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي يرفع الى
منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي
قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كبر رفع يديه حذاء منكبيه ولنا رواية وايل والبراء بن
عازب وانس رضوان الله عليهم اجمعين ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان
رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلنا وما رواه يحمل على حالة العذر والمراة ترفع يديها
حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او
لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ان كان يحسن التكبير لم يجز الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي لا يجزيه الا
بالاولين وقال مالك لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول
ادخال الالف واللام فيه ابلغ من الثناء فقام مقامه وابي يوسف يقول ان
افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما
ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل وان افتتح الصلوة بالفارسية او قرا فيها بالفارسية او
ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزاه عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في
الذبيحة وان لم يحسن العربية اجزاه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع
ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في
القراة فوجه قولهما ان القران اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى
كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين
ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفة السنة المتوارثة
ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات
والخلاف في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى
قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف وان
افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم
فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقد قيل لا يجزيه لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا
قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السنة
وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع
على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام
عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون
يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة

وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره وعن ابي يوسف انه يضم اليه قوله
وجهت وجهي الى اخره له رواية علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك ولهما رواية
انس ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرا سبحانك اللهم الى اخره ولا يزيد على
هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا ياتي به في الفرايض
والاولى ان لا ياتي بالتوجيه قبل التكبير لتتصل به النية هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان
الرجيم لقوله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه واذا
اردت قراة القران والاولى ان يقول استعيذ بالله من الشيطان الرجيم ليوافق القران
ويقرب منه اعوذ بالله من الشيطان الرجيم ثم التعوذ تبع للقراة دون الثناء عند ابي حنيفة
ومحمد لما تلونا حتى ياتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ثم يقرا بسم الله
الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام و
ذكر منها التعوذ والتسمية وامين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراة لما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لان انسا اخبر
انه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة انه لا ياتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ
وعنه انه ياتي بها احتياطا وهو قولهما ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد
فانه ياتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرا فاتحة الكتاب وسورة او ثلث ايات من اي
سورة شاء فقراة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي
في الفاتحة ولمالك فيهما له قوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة الا بالفاتحة وسورة معها وللشافعي
قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقروا ما تيسر من القران والزيادة
عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين
قال امين ويقولها المؤتم لقوله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك
في قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين من حيث القسمة لانه
قال في اخره فان الامام يقولها **وقال** ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود
ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد خطا فاحش
ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند
كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطا من حيث الدين لكونه
استفهاما وفي اخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه
لقوله صلى الله عليه وسلم لانس اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك
ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة
السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي صلى الله عليه وسلم

اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكس لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع لا يصوب
رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ركع
احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع
رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة
وعندهما يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين
ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا
لك الحمد هذه قسمة والقسمة تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي
ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهذا خلاف موضوع الامامة والذي رواه محمول على حالة
الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد
والامام بالدلالة عليه آت به معنى قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا
(جواب عن قولهما انه حرض غيره فلا ينسى نفسه)
واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع
والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام
قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود
هو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر
ما روي تسميته اياه صلاة حيث قال وما نقصت من ذلك شيئا فقد نقصت من صلاتك
ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب
سجدتا السهو بتركها ساهيا عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر وصف
صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته قال ووضع وجهه بين
كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك وسجد على انفه وجبهته
لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد
على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو
المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع
اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر
القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عليه السلام كان يصلي في ثوب واحد يتقي بفضوله حر
الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله صلى الله عليه وسلم وابد ضبعيك ويروى وابدد
من الابداد وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه صلى الله عليه وسلم
كان اذا سجد جافى بطنه حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان

في الصف

في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان
ربي الاعلى ثلاثا لقوله صلى الله عليه وسلم واذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا
وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد
ان يختم بالوتر لانه صلى الله عليه وسلم كان يختم بالوتر فان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم
حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحهما
فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها **قال**
ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي
ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزأه عند ابي حنيفة
ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه
يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فيتحقق الثانية **قال**
فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد
بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا بيديه على الارض لما روي
انه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في
صلوته على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما
وضعت لها ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا
يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي
في الركوع والرفع منه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح
وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على
الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير واذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية
افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة كذا وصفت عائشة
رضي الله عنها قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلوة **قال** ووضع يديه على فخذيه وبسط
(وهو ان وائل بن حجر وصف صلوة رسول الله)
اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة
فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها
والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي الى آخره وهذا تشهد
عبد الله بن مسعود فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان
يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد
ابن عباس وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها
النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين الى آخره لان فيه الامر

واقله الاستحباب والالف واللام وربما للاستغراق وزيادة الواو وهو لتجديد الكلام كما في القسم
وتأكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم
التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان في وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد وان كان
آخر الصلوة دعا بما شاء لنفسه قال ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها
لحديث ابي قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل
هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما نذكر من بعد ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة
كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة ولانها اشق على البدن فكان
اولى من التورك الذي يميل اليه مالك والذي يروى انه صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه
الطحاوي او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم
وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما لقوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد
تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عليه السلام
خارج الصلوة واجبة اما مرة واحدة كما قال الكرخي او كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما اختاره
الطحاوي فكفينا بمرة واحدة مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما يشبه
الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود وقال له النبي صلى الله عليه وسلم
ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم ليكون اقرب
الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ
وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل سؤاله كقوله
اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول لاستعماله فيما بين العباد
هو الصحيح يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن
يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض
خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من عن
يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء
في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد
من نية امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه
نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة
نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام
ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم
قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا
وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير وتحليلها التسليم

ولنا

ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب
بما رواه احتياطا ومثله لا يثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر
بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا
هو المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان
شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام
في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة
وفي عرفة خلاف مالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل
المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد
وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا له ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل النبي
صلى الله عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت ولا يتخير هو
الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما
ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ الفاتحة لم يعد في الاخريين وان
قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر بهما وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا
بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة
فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك
السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل
بلفظة الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة
موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة
شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا
عند الفقيه الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال
الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان
دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق
والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوة آية عند ابي حنيفة
وقالا ثلث آيات قصار او آية طويلة لانه لا يسمى قاريا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله
قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست
في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان للسفر اثرا في اسقاط شطر الصلوة فلان
يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان على امنة وقرار

في　　كان

يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في
الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين
ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى
اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشتغال
وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت
الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب
دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ
في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل
ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان
بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية
اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
احب الي ان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يطيل الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استوتا في استحقاق القراءة
فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث
الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه
من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره
ان يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا
يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان
فيه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة وهو ركن
مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال النبي صلى الله عليه وسلم واذا قرأ الامام
فاستمعوا وانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد ويكره عندهما لما فيه من
الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص
والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام
لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع
في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الجماعة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن
الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف
اقرأهم لان القراءة ركن لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة
مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله صلى الله عليه وسلم

يؤم القوم

يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة لانهم كانوا يتلقونه باحكامه
فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله صلى الله عليه وسلم
من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله صلى الله عليه وسلم لابني ابي
مليكة وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ
للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى
النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء
تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر ولا
يطول بهم الامام الصلوة لقوله صلى الله عليه وسلم من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم
فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن الجماعة لانها لا تخلو
عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن قامت
الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس
فانه صلى الله عليه وسلم صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد انه يضع اصابعه
عند عقب الامام والاول هو الظاهر فان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه
خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله
ابن مسعود ولنا انه صلى الله عليه وسلم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر
دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله صلى الله عليه وسلم اخروهن
من حيث اخرهن الله تعالى فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض
به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشائخ بلخ ولم يجوزه مشائخنا ومنهم من حقق
الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف وبين محمد والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان
نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي
على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء
الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله صلى الله عليه وسلم
ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة
وهما مشتركان في صلوة واحدة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس
ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد ووجه الاستحسان ما رويناه
وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد
صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره
ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه

الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما تشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية
وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني
محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المرأة
من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس
فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف
الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء والعيدين وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كالعيدين والجمعة وله ان فرط
الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر
والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشتغلون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال
عن الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف
الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضين وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما
انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح على الغاسلين لان الخف مانع
سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا
مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم
ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي
المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود
معتبر فيثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف
زفر ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام
فلا يتحقق البناء على المعدوم قال ولا يصلي من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لان الاقتداء شركة
في التحريمة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء
على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة الى اصل
الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد
لقوله صلى الله عليه وسلم من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه
خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا
صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلوة
الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما
اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها

فتفسد

فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها
لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري
وحده جاز هو الصحيح لانه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم
في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتادي فرض القراءة ولنا ان كل
ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية
وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضا وبنى والقياس ان يستقبل
وهو قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضا وليبن على
صلوته ما لم يتكلم وقال صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم
من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف افضل
تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة
والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون
امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل قال ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم
يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال
وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد
الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان
بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح
على غير وضوء فانصرف حيث تفسد صلوته وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض
الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد
ولو تقدم قدامه فالحد هو السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع
سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه
العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام
وهو قاطع للصلوة قال وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة
وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا الزم والعجز
عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى
الاستخلاف قال وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب عليه
فلا بد من التوضي لياتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت
صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان

راى المتيمم الماء فى صلوته بطلت صلوته وقد مر من قبل وان راه بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القارى فاستخلف اميا او طلعت الشمس فى الفجر او دخل وقت العصر فى الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة فى قول ابى حنيفة رحمه وقيل الاصل فيه ان الخروج من الصلوة بصنع المصلى فرض عنده وعندهما ليس بفرض فاعتراض هذه العوارض عنده فى هذه الحالة كاعتراضها فى خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من ابن مسعود رضه وله ان لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم تمت صلوته قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز فى حق القارى وانما الفساد ضرورة حكم شرعى وهو عدم صلاحية الامام

قال ومن اقتدى بامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزءه لوجود المشاركة فى التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغى لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم ولو تقدم يبتدا من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد فى حقه وجد فى خلال الصلوة وفى حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لم يفسد صلوته وان لم يفرغ يفسد وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا افسدت صلوة الذى لم يدرك اول صلوته عند ابى حنيفة وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم يفسد فى قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدى بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوة المقتدى فصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذى يلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدى غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام فى معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة فى حرمة الصلوة

قال ومن احدث فى ركوعه او سجوده توضا وبنى ولا يعتد بالتى احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى ليقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن

فان لم

فان لم يعد اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابى يوسف يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده

قال ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم هنا ويتم الاول صلوته مقتديا بالثانى كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبى او امراة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم فى صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعى فى الخطاء والنسيان ومفزعه الحديث المعروف وهو رفع عن امتى الخطاء والنسيان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا تصلح لشىء فيها من كلام الناس وانما هى التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا فى حالة النسيان وكلاما فى حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب

قال فان ان او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابى يوسف ان قوله آه لم تفسد فى الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين يفسد وحروف الزوائد عشرة جمعوها فى قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس فى متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك فى حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به حروف ينبغى ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف

قال ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو فى الصلوة فسدت صلوته لانه يجرى فى مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا

قال وان استفتح ففتح عليه فى صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلى على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار فى الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط فى الجامع الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوى الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوعة عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغى للمقتدى ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى **قال**

ولو اجاب في الصلوة رجلا بلا اله الا الله فهذا الكلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا
يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا وصار كالتشميت
والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح فان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع
لقوله صلى الله عليه وسلم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق
للنساء قال ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر
لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي هي ويجتزئ بتلك
الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله واذا قرأ الامام
من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت
الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب وله ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب
الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين
الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد
صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان
المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير قال وان مرت امرأة بين
يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار
آثم لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين
وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل وتحاذي اعضاء المار
اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عم
اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عم
ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون
في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب
من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه
الايمن او الايسر به ورد الاثر ولا بأس بترك السترة اذا امن المرور ولم يواجه الطريق وسترة
الامام سترة للقوم لانه صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم
سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين
يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله صلى الله عليه وسلم فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة
كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة رضه او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره
الجمع بينهما لان باحدهما كفاية **فصل** ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عم
ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة

حرام

حرام فما ظنك في الصلوة قال ولا يقلب الحصا لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من
السجود فيسويه مرة واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح
صلوته قال ولا يفرقع اصابعه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي قال ولا يتخصر
وهو وضع اليد على الخاصرة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك
الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر
بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه صلى الله عليه وسلم كان يلاحظ
اصحابه في الصلوة بموق عينيه قال ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رضه
نهاني خليلي عن ثلاث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش
افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح
قال ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم
تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود قال ولا يعقص شعره
وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص قال ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عم
نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه قال ولا ياكل
ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته
لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في
الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان
بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا
وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام قال ولا بأس بان يصلي الى
ظهر قاعد يتحدث لان ابن عمر رضه ربما كان يستتر بنافع في بعض ولا بأس بان يصلي
وبين يديه سيف معلق او مصحف لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس
بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه
عبادة التصاوير واطلق الكراهة في الاصل لان المصلي معظم قال ويكره ان يكون فوق رأسه
في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبرائيل عليه السلام انا لا
ندخل بيتا فيه تصاوير او كلب ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره
لان الصغار جدا لا تعبد ولو كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس فليس بتمثال
لانه لا يعبد بدون الراس فصار كما اذا صلى الى الشمع او السراج على ما قالوا ولو كانت
الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ
بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة لانه تعظيم لها واشدها

كراهة أن يكون امام المصلي ثم فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه
تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد
على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة أديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح
لانه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا
الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي فيه
جميع انواع الحيات وهو الصحيح لاطلاق ما روينا قال ويكره عد الآي والتسبيحات
باليد في الصلوة وكذا عد السورة لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد
انه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت
السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك والاستدبار يكره
في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة
وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها
قال ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح
الاقتداء منه لمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه
ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد منه ما اعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ
حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة و
قيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة قال ولا بأس بان ينقش
بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا بأس اشارة الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم
به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع
الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة لظهور آثار السنن
فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى
زادكم صلوة ألا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا
يجب وجب القضاء بالاجماع لم يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى لما روي
عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفى باذانه واقامته قال والوتر ثلاث
ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر
بثلاث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلاث وهو احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر
بتسليمتين وهو قول مالك والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال
الشافعي بعده لما روي انه صلى الله عليه وسلم قنت في الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي
انه صلى الله عليه وسلم قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره ويقنت في جميع السنة
خلافا للشافعي في غير نصف الاخير من رمضان لقوله صلى الله عليه وسلم للحسن بن علي رضي الله عنهما
حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل قال ويقرأ في كل ركعة من الوتر بفاتحة
الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة
قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن و
ذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رح في الفجر لما روى ابن مسعود رض
انه صلى الله عليه وسلم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر سكت
من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه
ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد
تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء
بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد
صلوته كالفصد ونحوه لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر
وركعتان بعدها واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء
واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة
في اليوم والليلة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع
قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع
فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع
قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله النبي صلى الله عليه وسلم وفيه خلاف الشافعي رح قال
ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة واحدة ركعتين وان شاء اربعا ويكره الزيادة على ذلك
فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثمان ركعات بتسليمة واحدة جاز ويكره الزيادة
وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل
ودليل الكراهة انه صلى الله عليه وسلم لم يزد على ذلك مع حرصه على النوافل ولولا الكراهة لزاد
على ذلك تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى وفي النهار
اربع اربع وعند الشافعي مثنى مثنى فيهما وعند ابي حنيفة فيهما اربع اربع للشافعي قوله عم
صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح وله انه صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد صلوة
العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها وكان صلى الله عليه وسلم يواظب على الاربع في الضحى
ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة

لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى الغلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فتراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه
شفعا لا وترا

فصل في القراءة في الفرائض

واجبة في الركعتين وقال الشافعي
في الركعات كلها لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلاث
ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر والامر بالفعل لا يقتضي التكرار
وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه واما الاخريان
فيفارقانها في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة فيما
روى مذكورة صريحا فينصرف الى الكامل وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف
ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء سبح كذا
روى عن ابي حنيفة وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة الا ان الافضل ان يقرأ
لان النبي صلى الله عليه وسلم داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة
واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على
حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا الركعتان
في المشهور ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة
ثم افسدها قضاها وقال الشافعي لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا
ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ
في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة
بمنزلة تحريمة مبتداة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل
الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع
بالنذر ولنا ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول
لا يتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي
اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد
ركعتين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة
على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عندهما ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب
بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا
يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان
للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه
فلا تبطل التحريمة وعند ابي حنيفة ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة
وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة
في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة

في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا نقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما
لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني وبقيت
عند ابي يوسف فيصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء
الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم
تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول
ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في
الشفع الثاني وعند ابي يوسف ان صح فقد اداها ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين
بالاجماع ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ
في احدى الاوليين واحدى الاخريين على قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة
لان التحريمة باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر
ابو يوسف عليه هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه قضاء ركعتين
ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما
وعند محمد ركعتين ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما
ركعتين قال وتفسير قوله صلى الله عليه وسلم لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين
بغير قراءة فيكون بيانا لفرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع
القدرة على القيام لقوله صلى الله عليه وسلم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان
الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية
القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها
قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس
لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف
النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ
ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رض
قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء
ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة
او هو ينقطع عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة
انه ينزل لسنة الفجر لانها اكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز
في المصر عن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا وجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر
والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة
نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول

فاذا اتى بها صح واحرام النازل انعقد موجبا للركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما وجب عليه
من غير عذر وعن ابى يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة
والاصح هو الظاهر **فصل فى قيام شهر رمضان** يستحب ان يجتمع الناس فى شهر
رمضان بعد العشاء فيصلى بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظة الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن
ابى حنيفة لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبى صلى الله عليه وسلم بين العذر فى تركه المواظبة
وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن
اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة
يروى عنهم التخلف والمستحب فى الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين
الخامسة والوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس
بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ و
الاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء
ولم يذكر قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم
بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلى الوتر بجماعة
فى غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين **باب ادراك الفريضة**
ومن صلى من الظهر ركعة ثم اقيمت الجماعة يصلى ركعة اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان
ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع
مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان فى النفل لانه ليس
للاكمال ولو كان فى سنة الظهر والجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين
يروى ذلك عن ابى يوسف وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلثا من الظهر يتمها لان
للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان بالثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة
حيث يقطعها لانه بمحل الرفض غير انه يتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوى
الدخول فى صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذى يصلى مع القوم نافلة لان الفرض
لا يتكرر فى وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف
اليها ركعة اخرى يفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد
الاتمام لا يشرع فى صلوة الامام لكراهة النفل وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب
فى ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفى جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن دخل
مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج منه حتى يصلى لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخرج من المسجد
بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجعة **قال** الا اذا كان ينتظم به

امر جماعة

امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا بأس
بان يخرج لانه اجاب داعى الله مرة الا اذا اخذ المؤذن فى الاقامة لانه يتهم بمخالفة
الجماعة عيانا وان كانت العصر والمغرب او الفجر يخرج وان اخذ فى الاقامة لكراهة
التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام فى صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتى الفجر ان خشى ان تفوته
ركعة ويدرك الاخرى يصلى ركعتى الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين
وان خشى فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بتركه الزم بخلاف
سنة الظهر حيث يتركها فى الحالين لانه يمكنه اداؤها فى الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما
الاختلاف بين ابى يوسف ومحمد فى تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر
على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة فى
المسجد اذا كان الامام فى الصلوة والافضل فى عامة السنن والنوافل المنزل هو المروى
عن النبى صلى الله عليه وسلم واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا
مطلقا وهو مكروه بعد الصبح **قال** ولا بعد ارتفاعها عند ابى حنيفة وابى يوسف
وقال محمد احب الى ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه صلى الله عليه وسلم قضاهما بعد
ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل فى السنة ان لا تقضى لاختصاص
القضاء بالواجب والحديث ورد فى قضائهما تبعا للفرض فبقى ما وراءه على الاصل وانما
تقضى تبعا له وهو يصلى بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ
واما سائر السنن سواها لا يقضى بعد الوقت وحده واختلف المشايخ فى قضائها تبعا
للفرض ومن ادرك ركعة من الظهر ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد قد
ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشىء فقد ادركه فقد صار محرزا ثواب الجماعة
لكنه لم يصلها فى جماعة حقيقة ولهذا يحنث فى يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث فى يمينه لا يصلى
الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلى فيه فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام فى
الوقت ومراده اذا كان فى الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا فى غير سنة
الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال صلى الله عليه وسلم فى سنة الفجر صلوها وان طردتكم
الخيل وقال فى الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتى وقيل هذا فى الجميع لانه
صلى الله عليه وسلم واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة
والاولى ان لا يتركها فى الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت
ومن انتهى الى الامام فى ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه لا يصير مدركا لتلك الركعة
خلافا لزفر هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام فصار كما لو ادركه فى حقيقة القيام
ولنا ان الشرط هو المشاركة فى افعال الصلوة ولم يوجد لا فى القيام ولا فى الركوع ولو

ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام في الركوع جاز وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعيد التي صلى مع الامام فلو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ستة صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا لخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزاته التي بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الاصح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل صلوة وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في اخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عندهما وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر تفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين

الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر فريضة على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه صلى الله عليه وسلم سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه اخر الصلوة **قال** ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجود السهو واجب هو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فيكون واجبا كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك الواجب او تاخيره او تاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب **قال** ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة **قال** او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه صلى الله عليه وسلم واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوات فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه سجدة السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار والاصح مقدار ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما يصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده اية واحدة وعندهما ثلاث آيات وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة **قال** وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا فان سهى المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى

ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة
ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال
والقى الخامسة لانه رجع الى شئ محله قبلها فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة
بسجدة بطل فرضه خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة و
من ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها
في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها
ركعة سادسة ولو لم يضم لا شئ عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف
لانه سجود كامل وعند محمد برفعها لان تمام الشئ باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة
الاختلاف فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة
ثم قام الى الخامسة ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام
غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة
بالسجدة ثم تذكر يضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة
وانما يضم اليها ركعة اخرى ليصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهيه عليه السلام
عن البتيراء ثم لا ينوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتداة ويسجد للسهو
استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على وجه المسنون وفي النفل بالدخول لا
على وجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا
عند محمد لانه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسده
المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط
بعارض يخص الامام قال ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين
لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة
حيث يبني لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه
سجدتا السهو فدخل رجل معه في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وعند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه
عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على
سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا
حاجة الى اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير
الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد للسهو
لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر اثلاثا
صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله صلى الله عليه وسلم اذا شك احدكم في صلوته

انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله صلى الله عليه وسلم من شك
في صلوته فليتحر الصواب وان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله صلى الله عليه وسلم من شك في صلوته
ولم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام
ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم اخر الصلوة كيلا يصير تاركا
فرض القعدة

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى
قاعدا يركع ويسجد لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن حصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم
تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة قال فان لم يستطع الركوع
والسجود يومي ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم
مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ان قدرت ان
تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك وان فعل ذلك وهو يخفض راسه اجزاه
لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجوز لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على
ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله صلى الله عليه وسلم يصلي المريض قائما
فان لم يستطع فقاعدا وان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله احق بقبول
العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة واومى جاز لما روينا من قبل الا ان
الاول هو الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي الى هواء الكعبة واشارة المضطجع
على جنبه الى جانب قدميه وبها تتادى الصلوة فان لم يستطع الايماء براسه اخرت الصلوة عنه
ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال
بالرأي ممتنع ولا قياس على الراس لانه يتادى به ركن الصلوة دون العين واختيها
وهو الحاجب وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة عنه وان كان العجز
اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه
وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان
ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود
لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض
صلوته قائما ثم حدث به مرض تممها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا
ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد
لمرض به ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد استقبل بناء
على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على
الركوع والسجود استانف في قولهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء
ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا باس بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد

لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء فان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير عذر اجزاه عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضاها وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملة لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوايت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو الماثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم

باب في سجدة التلاوة

قال سجدة التلاوة في القرآن اربعة عشر سجدة في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرا كذا كتب في مصحف عثمان وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم عند قوله لا يسأمون في قول عمر وهو الماخوذ للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله صلى الله عليه وسلم السجدة على من سمعها وعلى من تلاها السجدة على من سمعها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام آية السجدة سجدها وسجد الماموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا الماموم لم يسجد الامام ولا الماموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب عليها بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم تجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتادى به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي الصلوة

وفي النوادر انه تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد وان قراها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهنا اولى فان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة ولم يسجدها فيها لم يقضها خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا يتادى بالناقص ومن تلا آية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها وسجد اجزاته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزاته سجدة واحدة فان قراها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقراها سجدها ثانية فان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرا السورة في صلوة او غيرها ويدع آية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا باس بان يقرا آية السجدة ويترك ما سواها لانه مبادرة اليها قال والمستحب ان يقرا قبلها آية او آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد الانسان مسيرة ثلاثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة التقدير

بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه ولا يعتبر السير
في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل **قال** وفرض المسافر في كل صلوة رباعية
ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه اربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع
الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد
في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم
يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل كمال اركانها واذا فارق المسافر
بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر
وهو قول علي رضه لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في
بلد او قرية خمسة عشر يوما او اكثر فان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة
لان السفر يجامعه اللبث فقدرناه بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن
عباس وابن عمر والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلد والقرية يشير الى انه لا يصح نية
الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم
ينو الاقامة مدة حتى لو بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر اقام باذربيجان ستة اشهر
وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة
بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة لان الداخل بين ان يهزم فيقر او يهزم فيفر فلم تكن
دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان
حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار
ظاهرا وعند ابي يوسف يصح في الوجهين اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع الاقامة
ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى
ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا يبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان
اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربعة للتبعية كما يتغير
بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم يجزه لانه
لم يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء
المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم
واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي
كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى
فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان
الاتيان اولى **قال** ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم
سفر لانه صلى الله عليه وسلم قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر

مصره

مصره اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه صلى الله عليه وسلم واصحابه كانوا يسافرون ويعودون
الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم
سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة
عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر
ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة
عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع
لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة
المرء مضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في
الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه
المعتبر في السببية عند عدم الاداء والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال
الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ
ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره
فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا يصح الجمعة الا في مصر جامع
او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا
اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود
وهذا عند ابي يوسف وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لا يسعهم والاول اختيار الكرخي
وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر
لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر
في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى
ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم يلي امور الحج لا غير ولا
يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة
في التقديم والتقدم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرائطها الوقت فتصح في
وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله صلى الله عليه وسلم اذا مالت الشمس فصل بالناس
الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها
الخطبة لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به
وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب
قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة
كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفته

التوارث ويفصل بينهما وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة وقالا لا بد
من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا يسمى خطبة وقال الشافعي
لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف له قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن
عثمان انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها
واقلهم عند ابي حنيفة ثلاثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال العبد والاصح ان هذا قول
ابي يوسف له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلاث
لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس
قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا نفروا عنه بعد افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد بنى
على الجمعة خلافا لزفر هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة
شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في
الصلوة ولا يتم الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها
بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا يعتبر بقاء النسوان وكذا
الصبيان لانه لا ينعقد بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا
امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض
والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة مشغولة بخدمة الزوج فعذروا دفعا
للحرج والضرر وان حضروا وصلوا مع الناس اجزأهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه
فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة
وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا
حضروا يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال
وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بالاولى ومن صلى الظهر في
منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر
لا تجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير
الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا
هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون
الجمعة لتوقفها على شرائط لا يتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان
يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى
يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها
فصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام له ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة

فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد فراغ الامام منها لانه ليس
بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل
السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي
به غيره بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزأهم لاستجماع شرائطه ومن
ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله صلى الله عليه وسلم ما ادركتم
فصلوا وما فاتكم فاقضوا فان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها
الجمعة وقال محمد ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها
بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا
اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين
لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان
ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم
الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رحمه الله وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل
قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها
قد تمتد ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من
غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذنون
الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى
ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر
فاذا فرغ من خطبته اقاموا بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله الا هذا
الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول
اذا كان بعد الزوال لحصول المقصود به

باب العيدين قال رحمه الله

وتجب صلوة العيد على من تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا
في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رحمه الله وهذا
تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الاول
مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها ووجه الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي
عقيب سواله هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه
بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك
ويتطيب لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج
الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل

والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه صلى الله عليه وسلم كانت له جبة فنك او صوف
يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى
ولا يكبر في طريق المصلى جهرا عند ابي حنيفة وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الدعاء
الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل
العيد لانه صلى الله عليه وسلم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة
وقيل فيه وفي غيره عامة لانه صلى الله عليه وسلم لم يفعل فاذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس
دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي
العيد والشمس على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى
المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى تكبيرة الافتتاح وثلثا بعدها
ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدي في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا
بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود وهو مذهبنا وقال ابن عباس يكبر في الاولى
للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة
اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء واما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع
اليدين خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر
به فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث
الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي اخذ بقول
ابن عباس الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر
قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به سوى تكبيرة الركوع لقوله صلى الله عليه وسلم
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف انه لا
يرفع والحجة عليه ما رويناه قال ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض
يعلم فيهما صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام
لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال
وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد
ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان
الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم
الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل
حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل
من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر في الطريق ويصلي
ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ويعلم

الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع في الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان
فان حدث عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها
بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء بالتاخير بغير
عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس
يوم عرفة في بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة
بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

ويبدأ بتكبيرات التشريق بعد صلوة الفجر يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند
ابي حنيفة وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين الصحابة فاخذا بقول
علي رضه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود اخذا بالاقل
لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله
اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات
على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة وليس على جماعات النساء
اذا لم يكن معهن رجل ولا على جماعات المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم وقالا هو على كل
من يصلي المكتوبة لانه تبع للمكتوبة له ما رويناه من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل
ابن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه
يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية
قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل ان الامام
وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدي في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما
وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى
الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي ركوعان
له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر والحال انكشف على الرجال لقربهم فكان
الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عنده وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما
التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة
والدعاء فاذا خفف احديهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها
ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر فيها ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة والترجيح قد مر من قبل
كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم
فاذكروا الله واستغفروه ولقوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم مثل هذه الافزاع فافزعوا
الى الله بالدعاء والسنة في الادعية تاخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم
الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة

لتعذر الاجتماع بالليل لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا رايتم من هذه الاهوال شيئا فارغبوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس قلنا انه فعله مرة وتركه اخرى ولم يكن سنة وذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده و يستقبل القبلة بالدعاء لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رحمه الله هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بساير الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف معهم وان انكر شرعها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا **قال** وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق فلا يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤوا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

واذا احتضر الرجل وجه الى

القبلة

القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحالة الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سريره لينصب عنه الماء وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة ولا استنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منهما متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحال الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعل الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فان ارادوا لف الكفن ابتدءوا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حال الحيوة وبسطه وكيفيته ان يبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك فاذا خافوا ان ينتشر الكفن عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المراة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها فوق ثدييها لحديث ام عطية

ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج في حال الحيوة فيها
فكذا بعد الممات وهذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان و
خمار وهي كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا
في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن
الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم تجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار
فوق ذلك تحت اللفافة وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه السلام امر باجمار اكفان
ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل** في الصلوة
على الميت واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء
به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضي به
في حال حيوته **قال** ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي
او السلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي
لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا
رأينا الناس تركوا من آخرهم الصلوة على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع
وان دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر امرأة
من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف
الحال والزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه السلام
ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم
كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر
لانه منسوخ لما رويناه وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات
استغفار للميت والبداية بالثناء ثم الصلوة سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول
اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا ذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او
تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتي به لهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة
والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية
بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك **قال** ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر
لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه
وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا فعل
كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان
صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانها

صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في
صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس
بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد
جماعة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات
ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل
بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا استهل المولود صلي عليه وان لم
يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم
يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر
من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم
يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او
يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت
تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه
بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب ولكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة
ويحفر حفيرة من غير مراعات سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى **فصل**
في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره اخذوه بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة
وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها
السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ حملت هكذا
قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب لان النبي صلى الله عليه وسلم
سئل عن ذلك فقال ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع
عن اعناق الرجال لانه قد يقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه وكيفية الحمل
ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها
على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل في الدفن** ويحفر القبر
ويلحد لقوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي
فان عنده يسل سلا لنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه
واضطربت الرواية في ادخال النبي صلى الله عليه وسلم فاذا وضع في لحده يقول واضعه
بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قال النبي صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانة في قبره
ويوجه الى القبلة بذلك امر النبي صلى الله عليه وسلم ويحل العقدة لوقوع الامن من
الانتشار ويسوى اللبن عليه لانه جعل على قبر النبي صلى الله عليه وسلم اللبن ويسجى قبر المرأة
بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال

الرجال على الانكشاف ويكره الاجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلاء ثم بالاجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا باس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن من القصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن فيصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال النبي صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديد وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي صلى الله عليه وسلم والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتل لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك اثر الظلم يخف فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم وكانوا لا يشربون خوفا عن نقصان شهادتهم الا اذا حمل عن مصرعه كيلا يطاه الخيل لانه ما نال شيئا من الراحة ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة يصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء **قال** وهذا مروي عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون ارتثاثا لانه من

احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا ان يعلم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم يجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن من جانب الامام لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم عنه

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر المسلم العاقل البالغ اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله صلى الله عليه وسلم ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق من الكافر ولا بد من ملك النصاب لان النبي صلى الله عليه وسلم قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله صلى الله عليه وسلم لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت للاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي فانه يقول هي غرامة مالية فيعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج

لنا انها عبادة فلا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل
بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع
ولو افاق المجنون في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف
انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة اذا بلغ مجنونا يعتبر
الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك
من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان
عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك النصاب التام
ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق للعطش وثياب
البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة
والمراد دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة
مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما
ولابي يوسف في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال
التجارة فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل
ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية
وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا ومن له على آخر
دين جحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند
الناس وهي مسئلة المال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته المال المفقود و
الآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا
نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق
والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل
بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي لا زكوة في المال الضمار ولان السبب هو المال
النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون
في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في كرم او ارض اختلاف المشايخ
ولو كان الدين على مقر مليء او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل
وكذا اذا كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس
فهو نصاب عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق
الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة
في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها
الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة

حتى يعملها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم يعتبر ولهذا يصير المسافر
بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا بالنية الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة
كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه
بالهبة او بالوصية او النكاح او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند
ابي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة
وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل
مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا
ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق
بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منها فكان متعينا فيه
فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب
شايع في الكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب
بخلاف الاول

باب صدقة السوائم فصل في الابل

قال ليس في
اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع
فاذا بلغت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشر فاذا كانت خمسة عشر ففيها ثلاث شياه الى
تسع عشر فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين
ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها
بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها
حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي
التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى
تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب
الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة
فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشر ثلاث شياه وفي العشرين
اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق ثم
تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشر ثلاث شياه وفي
العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون
فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف الفريضة ابدا
كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي اذا زادت على مائة
وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا
لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فتجب في كل اربعين بنت لبون وفي

كل خمسين حقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل
خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم
كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل
بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل في البقر** ليس
في اقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة فاذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او
تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر
رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضه فاذا زادت على اربعين وجبت في الزيادة بقدر ذلك
الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة
وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه
انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث
تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب
وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة
لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضه لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين
الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان ثلاثة اتبعة
وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة
الى تبيع لقوله صلى الله عليه وسلم في كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين
مسن او مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا
ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا يأكل لحم البقر

فصل في الغنم ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت
اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها
شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربع مائة
ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر رضه وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء لان
لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني
منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة وهو قولهما انه يؤخذ
الجذع لقوله صلى الله عليه وسلم انما حقنا الجذعة والثني ولانه يتأدى به الاضحية فكذا
الزكوة ووجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا
ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز
التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور
والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال صلى الله عليه وسلم في كل اربعين شاة شاة

فصل في الخيل اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى
من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر وقالا لا زكوة في الخيل لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة
وله قوله صلى الله عليه وسلم في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتأويل ما رواه فرس الغازي
هو المنقول عن زيد بن ثابت والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضه وليس في ذكورها منفردة
زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها
تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انه يجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء
في البغال والحمير لقوله صلى الله عليه وسلم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان
يكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل وليس في
الفصلان والعجاجيل والحملان صدقة الا ان يكون معها كبار عند ابي حنيفة وهذا آخر قوله
وهو قول محمد رحه وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع
وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي وجه قوله الاول ان الاسم المذكور
في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل
واحدة منها ووجه الآخر ان المقادير لا يدخلها القياس واذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع
امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تأدية الزكوة حتى لا يخرج عن العهدة باداء واحدة من الصغار حتى لو هلك المسان بعد
حولان الحول تسقط الزكوة عن الكل عند ابي حنيفة ومحمد لان الوجوب يتعلق بالمسان
وقد فات ثم عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين
من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحدة ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا
لو كانت مسان ثني الواجب ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان ثلث الواجب
ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر
خمسا فصيل وعلى هذا الاعتبار وعنه ينظر الى قيمة فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما
وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار ومن وجب عليه سن
فلم يوجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتني
على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر الا ان في الوجه الاول
له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه
لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة
وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في

الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة فصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهي لا تتقوم ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التميز فيعسر اعتبار الحول في كل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير **قال** والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما جميعا حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر رحمهما الله يسقط بقدره لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شائعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثني عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا بالدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة منهم ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم واذا هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كما في الاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب

تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل فان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه صلى الله عليه وسلم كتب الى معاذ رضه ان ياخذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ولا شيء في الزيادة حتى يبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه وما زاد على المائتين فزكوتها بحسابه وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث علي رضي الله عنه وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكر ما في الصرف ان شاء الله تعالى ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا وحال عليها الحول ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا لان كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة وعندهما يجب بحساب ذلك

وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة منه قيل في هذا كاربعين درهما
وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وانيتهما الزكوة وقال الشافعي لا تجب في حلي النساء وخاتم
الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام و
دليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا
بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله صلى الله عليه وسلم فيها يقومها فيؤدي عن كل
مائتي درهم خمسة دراهم ولانه معد للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع
ويشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق
الفقراء قال رضه وهذه رواية عن ابي حنيفة وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء
بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى ان
كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود يقومها بالنقد
الغالب وعن محمد انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك
واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة
لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي
انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء بخلاف ما لو هلك الكل حيث
يبطل حكم الحول ولا تجب الزكوة لانعدام النصاب في الجملة ولا كذلك في المسئلة الاولى
لان بعض النصاب باق فيبقى الانعقاد ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان
الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترق جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة
من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا وفي القياس وهو قول الشافعي كما في السوائم يضم بالقيمة
عند ابي حنيفة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة
مثاقيل ذهب تبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان ان المعتبر فيهما القدر
دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتي درهم وقيمته فوقها هو يقول
ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين
وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم
تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع يمينه وكذا اذا
قال اديت الى عاشر اخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر اخر لانه ادعى وضع
الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن في تلك السنة عاشر اخر لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا
قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور

لدخوله

لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاث فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا
قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف وقال الشافعي يصدق لانه اوصل الحق
الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل
الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق
في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه
الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف
ما يؤخذ من المسلمين فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري
يقول هن امهات اولادي لان الاخذ بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية
غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا باميته الولد لانه يبتني عليه فانعدمت صفة المالية
فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر
ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منهم شيء الا ان
يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان
الماخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا ياخذ
من القليل وان كانوا ياخذون منا لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية
قال فان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم ياخذون منا يؤخذ منه العشر لقول عمر رضه فان اعياكم
فالعشر وان علم انهم ياخذون منا ربع عشر او نصف عشر ياخذ بقدره وان كانوا ياخذون
الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ منهم ليتركوا الاخذ من
تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم
يعشره حتى يحول عليه الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه
ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا
واحدا والاخذ بعده لا يستاصل المال فان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه
ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال
وان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي
لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف
يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر
دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير
منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم
يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره بخلاف الخنزير ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب

تسبيبه بالاسلام فكذا الاحمية على غيره ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي
شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوايم ومن مر على عاشر بمائة درهم واخبره ان له في
منزله مائة اخرى وقد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت
حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير ماذون باداء زكوتها قال وكذا المضاربة
يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا
يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعدما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى
ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نايب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون
في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم
وليس عليه دين عشره قال ابو يوسف لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس
قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشر لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار
كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى
فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان
رب المال هو المحتاج الى الحماية فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد
وان كان مولاه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام
الملك او للشغل ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثني عليه الصدقة
معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليهم

باب المعادن والركاز

معدن ذهب او فضة او رصاص او صفر او حديد وجد
في ارض عشر او خراج ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده
اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول
لانه نماء كله والحول للتنمية لنا قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق
على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنايم
الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر
واما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس
حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقال فيه
الخمس لاطلاق ما رويناه انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في ساير الاجزاء
فكذا في هذا الجزء ولان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه وان وجده
في ارضه فعن ابي حنيفة روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير
ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في
الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا يجب الخمس

عندهم لما روينا واسم الركاز يطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب
اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمه في موضعه وان
كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم
ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص
هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة
وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه
سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد
سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج من ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من
اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في
الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل
اسلاميا في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا
رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها وان وجده في الصحراء فهو له لانه
ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر وليس في
الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر وفي الزيبق
الخمس في قول ابي حنيفة اخرا خلافا لابي يوسف ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضه اخذ الخمس من العنبر ولهما
ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلم يكن الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي
عن عمر رضه فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه
وجد في الارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء
سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له
ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم وليس في
الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء
لهما في الاول قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط
فيها النصاب لتحقق الغناء ولابي حنيفة قوله عليه الصلوة والسلام ما اخرجته الارض ففيه
العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة
الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا لا يشترط
فيه الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضراوات
صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة ياخذ

العاشر وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية
ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش فلا تستنبت في الجنان عادة بل
ينفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور
القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال
الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما **قال** وما سقي بغرب
او دالية او سانية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة يكثر فيه وتقل فيما يسقى بماء السماء
او سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة قال ابو يوسف فيما لا
يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته خمسة اوسق من ادنى ما يوسق
كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد يجب
العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل
حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى
ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي لا يجب لانه متولد من الحيوان
فاشبه الابريسم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار
وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند
ابي حنيفة يجب العشر فيه قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله
وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا
لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار فيه العشر وعن ابي
يوسف انه لا يجب لانعدام السبب وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو
الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عليه السلام
حكم بتفاوت الواجب عند تفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفا
عرف ذلك باجماع الصحابة وعن محمد ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة
عنده لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف
عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة رحمه الله
سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها
كالخراج وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب
وهو قول محمد فيما صح عنه قال رحمه الله اختلف النسخ في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة
في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتأتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق
عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي

وقبضها

وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف عليه العشر مضاعفا
ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهو اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على
حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد
البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من مسلم واما
الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع
بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر
معناه اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في
مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن
عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه
معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري
الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء
والابار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي
حفرها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد لانه لا يحميها احد كالبحار
وخراجي عند ابي يوسف لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة
التغلبيين ما في ارض الرجل يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان
الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين
العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم **قال** وليس في عين القير والنفط في ارض العشر
شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هي عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج
خراج وهذا اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى
انما الصدقات للفقراء والمساكين الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقطت منها المؤلفة
قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع والفقير من له
ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس ولكل
وجه ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل
يدفع اليه الامام بقدر عمله ان عمل فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي
لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة
فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه
في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها

في فك رقابهم والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال
الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله
منقطع الغزاة عند ابي يوسف لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد منقطع الحاج لما روي
ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يركب عليه الحاج
ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من
كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات الزكوة فللمالك ان يدفع
الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ان يصرف الى
ثلاثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم
مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر
صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس
ولا يجوز دفع الزكوة الى ذمي لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم
ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف اعتبارا
بالزكوة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ
لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا
يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه سيما من الميت ولا تشترى
بها رقبة تعتق خلافا لمالك ذهب اليه في قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط
الملك وليس بتمليك ولا تدفع الى غني لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه
حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا حديث معاذ على ما روينا قال ولا يدفع المزكي زكوته
الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم
متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع
المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله صلى الله عليه وسلم لك
اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضه وقد سألته عن التصدق
عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان
التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد
قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون
عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان
صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا وان كانت
نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج
وبقدر النفقة لا تصير غنية ولا يدفع الى بني هاشم لقوله صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم

ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف
التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال
وهم آل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل حارث ابن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء
فلانهم منسوبون الى هاشم ابن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان
مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف
ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لا حال المعتق
لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد اذا دفع
الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان
انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين
وامكان الوقوف على هذه الاشياء فصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن
ابن يزيد فانه صلى الله عليه وسلم قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت
وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون
القطع فيبتني الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة
في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى ودفع وفي اكبر رأيه انه
ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده
او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز
دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط
ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من
يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان
حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان
يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغنى قارن
الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه
كمن صلى وبقربه نجاسة وان تغني بها انسانا احب الي معناه الاغناء عن السؤال في
يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما يفرق
صدقة كل قوم فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها
الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة
دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزأه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء
بالنص

باب صدقة الفطر

قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم
اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه

وعبيده وأما وجوبها فلقوله صلى الله عليه وسلم في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله يجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال ويخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطرة على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانها يضاف اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا تتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا فقراء ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلا يتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس أدوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي لان عنده الوجوب على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال زفر

على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا يقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الوجوب

ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري قال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة منهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين البر والتمر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة وعن محمد انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف وهو اختيار الفقيه ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد عن الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة

ويعيده وأما وجوبها فلقوله صلى الله عليه وسلم في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير
نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي وبمثله يثبت الوجوب
لعدم القطع وشرطه الحرية ليتحقق التمليك والإسلام ليقع قربة واليسار لقوله صلى الله عليه وسلم
لا صدقة إلا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله يجب على من يملك زيادة على قوت يومه
لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكر من الأشياء
لأنها مستحقة بالحاجة الأصلية والمستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق
بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الأضحية والفطرة **قال** ويخرج ذلك
عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر
والأنثى الحديث ويخرج عن أولاده الصغار لأن السبب رأس يمونه ويلي عليه لأنها
يضاف إليه يقال زكاة الرأس وهي أمارة السببية والإضافة إلى الفطر باعتبار
أنه وقته ولهذا تتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والأصل في الوجوب رأسه
وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كأولاده الصغار لأنه يمونهم ويلي عليهم
ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا إذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فإن كان لهم مال
يؤدي من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة
فأشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير
حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن أولاده الكبار وإن
كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأهم استحسانا
لثبوت الإذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره
وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا
للشافعي فإن عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافي وعندنا
وجوبها على المولى بسببه كالزكاة فيؤدي إلى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على
واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين
عند أبي حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤوس دون الأشقاص بناء على أنه
لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالإجماع لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلا يتم الرقبة
لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لإطلاق ما روينا ولقوله صلى الله
عليه وسلم في حديث ابن عباس أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي
الحديث ولأن السبب قد تحقق والمولى من أهله وفيه خلاف الشافعي لأن عنده الوجوب
على العبد وهو ليس من أهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا
وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق قال

جواب ايراد يرد على قوله لان السبب الراس
لانها تضاف اليه فعارضه كما تضاف الى الراس
كذلك تضاف الى الفطر فاجاب بقوله
والاضافة الى الفطر ح

يعني بعد ان دخل وقت الفطر قبل ان يجيز الولي
عن ملكه او بعد يجيز
قبل الاخراج

وكيف لا تقول بهذا ولو تركنا كل يوم على عمومه لكان كل يوم فيه فعل وامر وشان ينقض ذلك الى القول بالقدم والدوام اللهم الا ان يقال عام دخله التخصيص
كقوله تعالى واتيت من كل شيء وتدمر كل شيء
كل زمان هو غير زمان الآخر فهو معنى قوله تعالى كل يوم هو في شان
فالفعل صار مانع الفاعل عن فعله ولم يصر مانعا عن الفعل وفي حقه تعالى ما لا يمنع الفعل لا يمنع الفاعل فيوجد ما لا ينحصر وما لا يحصى من الافعال المختلفة
في آن واحد اما ما يمنع من الفعل كالذي يسود جسما في آن لا يمكنه ان يبيضه فالله تعالى لا يشغله شان عن شان اصلا لكونه كسببا مع الاسباب
اخر لا يمنع الفاعل
ايكم جنة تمييز جمع او لو ان استطعتم
نقول انه ان النفوذ من اقطار السموات والارض بالحق اليق
ايكم نوعه تمييز تثنية اولو يرسل عليكما
واما قوله عليكما فهو لبيان الارسال على النوعين لا على كل واحد منهم
التجريد وهو ان ينتزع من امر ذي صفة امر آخر مثله
والجواب الحق ان اللفظة في اصلها لا تكون بيت العرب بحملها وليس المراد انه انزل بلغة هي في اصل وضعها بل المراد انه منزل
بلسان عربي مبين لا يخفى معناه على احد من العرب ولم تستعمل فيه لغة

بمضي يوم الفطر لانها قربة ...
فسقط بمضيه كالاضحية يسقط بمضي ايام النحر قلنا
انها قربة مالية لا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء
كالزكاة والاضحية لا تسقط ولكن ينتقل الوجوب
الى التصدق بالقيمة كفاية

وعبيده وامّا وجوبها فلقوله صلى الله عليه وسلم فى خطبة ادّوا عن كل حرّ وعبد صغير او كبير
نصف صاع من برّ او صاعا من تمر او شعير رواه ثعلبة بن صغير العدوى وبمثله يثبت الوجوب
لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله صلى الله عليه وسلم
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعى فى قوله يجب على من يملك زيادة على قوة يومه
لنفسه وعياله وقدّر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى فى الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء
لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق
بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة **قال** ويخرج ذلك
عن نفسه لحديث ابن عمر رضه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطرة على الذكر
والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلى عليه لانها
يضاف اليه يقال زكوة الرأس وهى امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار
انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل فى الوجوب رأسه
وهو يمونه ويلى عليه فيلحق به ما هو فى معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلى عليهم
ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال
يؤدى من مالهم عند ابى حنيفة وابى يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة
فاشبه النفقة ولا يؤدى عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها فى غير
حقوق النكاح ولا يمونها فى غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان
كانوا فى عياله لانعدام الولاية ولو ادّى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا
لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره
وفى المدبّر وامّ الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا
للشافعى فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافى وعندنا
وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدى الى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على
واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة فى حق كل واحد منهما بسببه وكذا العبيد بين اثنين
عند ابى حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه
لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلا يتم الرقبة
لكل واحد منهما ويؤدى المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله صلى الله
عليه وسلم فى حديث ابن عباس ادّوا عن كل حرّ وعبد يهودى او نصرانى او مجوسى
الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعى لان عنده الوجوب
على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا
واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مرّ يوم الفطرة والخيار باق **قال** فر

جواب ايراد يرد على قوله لان السبب الرأس لانها تضاف اليه فعلى هذا كما تضاف الى الرأس كذلك تضاف الى الفطر فاجاب بقوله والاضافة الى الفطر

حتى يعتبر ان من عرف ان الفطر قبل ان يخير المولى على اخراج فطرة العبد الذى من ملكه او بعد ... قبل الاخراج

ان الكاف اذا دخلت على المشبه به لا يفيد من التاكيد ما يفيده على الداخلة على المشبه
فاذا قلت زيد كالاسد ما يفيد قولك كان زيدا الاسد افاد ذلك لان الكاف موضوعة للتشبيه فاذا قلت
ان زيدا كالاسد ثبت ان زيدا كالاسد عملت الكاف فى الاسد عملا لفظيا
الاحسان يستعمل فى ثلث معان الاول اثبات الحسن والايجاد الثانى الاتيان بالحسن كالاطراف
والاغراب الثالث فلان لا يحسن الكتابة

فسقط بنفسه كالاضحية يسقط بمضى ايام النحر فقلنا
انها قربة مالية لا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء
كالزكوة والاضحية لا تسقط ولكن ينتقل الوجوب
الى التصدق بالقيمة كفاية

فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء بخلاف الاضحية **كتاب الصوم**

الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان
والنذر المعين فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه
وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى
كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر
جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول
الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب
الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في
الخلافية قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد
الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجز
عنده ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل
فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة
والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك
في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد
والنية لتعيينه لله فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركان
فيشترط قرانها بالعقد على ادائها وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك
اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت
جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف
النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت
طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى لا الى وقت الزوال فيشترط النية قبلها لتتحقق النية في الاكثر ولا
فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا
الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال
الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض
فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في
الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم
وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم
والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة
فاذا تحملها التحق بغير معذور وعند ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية
واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان

الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت
الى الاهم **قال** والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز
الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل
الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما رويناه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما كان
اصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك
في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال
الشافعي يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله
ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما من
اول النهار لانه عبادة وهي مشروعة لقهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر
فيعتبر قران النية باكثره **قال** وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين
من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم الهلال اكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما
ثم صاموا لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا
عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا
يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه
من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو
مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة الصوم ثم ان ظهر ان
هذا اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا
وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا
لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود
اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا
يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم
على رمضان بصوم رمضان لا التقدم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه هو ترك
الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هنا بصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه
لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله لا تتقدموا
رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يوديه قبل اوانه ثم
ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة من آخر الشهر
فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم
افضل اقتداء بعائشة وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم
المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار

والعصيان الذي دل عليه قوله عليه السلام من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم

نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غداء غدا يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر فهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان وان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون بشهادة الواحد فيما روى الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان

التفرد

التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع الهلال فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر الحقوق والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما يروى عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية في الشرع لانه في حقيقة الامساك لورود الاستعمال فيه الا انه زيد عليه النية في الشرع ليتميز بها العادة عن العبادة والطهارة من الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي اكل او شرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في ركنيته بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فانه يعتبر بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امراة بشهوة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى

واللفظ كتاب الاستحسان فان كان الذي شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته لان الذي يقع في القلب من ذلك انه باطل كذا

وهو قوله حتى تراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد الخ

واختص بالنهار بما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة

اي قال سفيان الثوري ان جامع ناسيا فطره لان النص ورد في الاكل والشرب والجماع ليس في معناه والحجة عليه ما رويناه

وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا
ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل
من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبّل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل
لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هنالك أدير على السبب
على ما يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة
لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما
الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس بالقبلة
اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره ان لم يأمن لان عينه ليس بفطر وربما
يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يأمن تعتبر عاقبته وكره له والشافعي
اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرناه والمباشرة الفاحشة مثل التقبيل في ظاهر
الرواية وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانه قلما يخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب
وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان
لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار
والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه
خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر في الوجهين
لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه
بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وان
خرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد ان الصائم اذا ابتلع سمسمة
بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي
مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه الكفارة
ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه طعام يعافه الطبع فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عم
من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه
فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف لانه خارج حتى تنتقض به الطهارة وقد
دخل وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به
عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان
كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال فان
اعاد فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج وعند محمد يفسد صومه لوجود الصنع
منه في الادخال فان استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس
متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد

لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده
لعدم سبق الخروج وان اعاد فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء
الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة
عليه لعدم المعنى ومن جامع عمدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة
الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال
وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق بدونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة انه لا تجب
الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه تجب لان الجناية
متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة انزل او لم ينزل خلافا للشافعي
لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة
بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي في قول لا تجب عليها لانها متعلقة
بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول يتحمل عنها الرجل اعتبارا بماء الاغتسال
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور
والاناث ولان السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها
عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه
القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس
لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في
رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير
مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي
فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي
في نهار رمضان متعمدا فقال صلى الله عليه وسلم اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي
هذه فقال عليه السلام صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يؤتى بعرق
من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ليس
ما بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال صلى الله عليه وسلم كل انت وعيالك
يجزيك ولا تجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب
وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء
لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في افساد الصوم في غير
رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن
احتقن او استعط او اقطر في اذنيه افطر لقوله صلى الله عليه وسلم الفطر مما دخل ولوجود

معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة
ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله
الدهن وان داوى جائفة او آمة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة والذي
يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى
كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل
فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله
لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي
يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة ان المثانة
بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم
الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان
تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد
الا يرى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا
يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يتفتت اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود
يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم
بالافطار ولا يكره للمرأة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال
على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس
بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات الصوم وقد ندب
النبي صلى الله عليه وسلم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من
قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون
وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم
السواك من غير فصل وقال الشافعي يكره في العشي لما فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف
فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما
روينا

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى
وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول
ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا
لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل
نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال
الشافعي الفطر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان

اي يقع في وقتان احدهما ايام رمضان والثاني عدة من ايام آخر وايام رمضان افضل

افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد وان مات المريض
او المسافر وهما على حالتهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح
المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك
بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة و
ابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب
فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر
ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب
المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب فان اخره حتى دخل رمضان آخر صام
الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب
القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما
او ولدهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا
للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس
في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا
وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم
في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر
على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى
به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في
آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة
هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار
وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة
كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا
يصلي احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا
للشافعي له انه تبرع بالمؤدى ولا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته
بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير
عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله صلى الله عليه وسلم افطر واقض
مكانه يوما واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت
بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق
السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة
لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وعن ابي يوسف

وفي الصوم الجزء الاول ولا اهلية عنده

انه اذا زال الكفر او الصبا قبل الزوال فعليهما القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم
لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة
دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس من اهل التطوع والصبي اهل له واذا نوى المسافر
الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب
ولا صحة الشروع فان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية
الا يرى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة
فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان
لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ
الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة من رمضان
قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان
عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد لكل يوم من النية لانها عبادات
متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادات بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه
رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في
الاسقاط ومن جن في رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء لنا ان المسقط
هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج وان
افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه الاداء
لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب لنا ان السبب قد وجد وهو شهود
الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في
ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة فتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين
الاصلي والعارضي قيل هذا ظاهر الرواية وعن محمد انه لا فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق
بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم
ينو في رمضان كله لا فطرا ولا صوما فعليه قضاؤه وقال زفر يتأدى صوم رمضان
بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما
اذا وهب كل النصاب من الفقير لنا ان المستحق هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة
الا بالنية وهو في هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو
للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية
عنده وقال ابو يوسف ومحمد اذا اكل قبل الزوال يجب الكفارة لانه فوت امكان
التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد
وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة او نفست افطرت

وقضت بخلاف الصلوة فانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم المسافر او
طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي لا يجب الامساك
وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه
خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا لنا انه وجب قضاء
لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر
حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن
الصوم **قال** واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو
يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر
الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا
كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم
علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله صلى الله عليه وسلم
تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تاخيره لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث من اخلاق
المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر معناه
تساوى الظنين الافضل ان يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه
تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او
كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد
اساء لقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه انه اكل
والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء
عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر
على الاصل فلا يتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو
النهار ولو اكله فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب
فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها
لم تغرب ينبغي ان يجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في نهار
رمضان ناسيا وظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون
الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه
فكذلك في رواية عن ابي حنيفة وهو ظاهر الرواية وعنه انها تجب وكذا عنهما لانه
لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس فلا ينتفي
بالعلم كوطي الاب جارية ابنه ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم اكل بعد ذلك
متعمدا عليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا

افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث ويعتمده فكذلك عند
محمد لان قول الرسول صلى الله عليه وسلم لاينزل عن قول المفتي وعن ابى يوسف خلاف ذلك لان
على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الحديث وان عرف تاويله تجب
الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي نعم لايورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد
ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ماكان لان الفطر يخالف القياس والحديث
ماوّل بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة
وقال زفر والشافعي لاقضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر ابلغ لعدم القصد ولنا ان
النسيان يغلب وجوده وهذا نادر فلا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال لله على صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا
خلافا لزفر والشافعي هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام
ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه
يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة
لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه
ستة ان لم ينوي شيئا او نوى النذر لاغير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون
نذرا لانه نذر بصيغة كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لايكون نذرا
يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما كان نذرا ويمينا عند ابى حنيفة
ومحمد وعند ابى يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين لاغير فكذلك عندهما وعند ابى يوسف يكون
يمينا لابى يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لايتوقف الاول على النية ويتوقف
الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لاتنافي بين الجهتين
لانهما تقتضيان الوجوب الا ان النذر تقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا
بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله على
صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة
المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لاتعرى عنها لكن يقضيها
في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويأتي فيه خلاف زفر والشافعي
للنهي عن الصوم فيها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا لاتصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل
وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه
الايام لان الاصل فيما يلزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها
لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين اذا
اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لاشيء عليه وعن

ابى يوسف

ابى يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في
الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابى حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم
يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله فلا تجب صيانته
ووجوب القضاء يبتني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع
في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فيجب صيانة المؤدى فيكون مضمونا
بالقضاء وعن ابى حنيفة انه لايجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاول هو الظاهر

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه
في العشر الاخير من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف
اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي
والنية شرط كما في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا
لغيره ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول
غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن
عن ابى حنيفة لظاهر ما رويناه وعلى هذه الرواية لايكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو
قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا يرى انه يقعد في صلوة
النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لايلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير
مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه القضاء لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف
لايصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضه لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابى حنيفة
انه لايصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان
يؤدى فيه اما المرأة تعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه
ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة كان النبي صلى الله عليه وسلم
لايخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في نقضها فيصير
الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه
يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة
مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا
عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة
والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة
وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لايفسد اعتكافه
لانه موضع الاعتكاف الا انه لايستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في

مسجدین من غیر ضرورة ولو خرج عن المسجد ساعة بغیر عذر فسد اعتکافه عند ابی حنیفة لوجود المنافی وهو القیاس وقالا لا یفسد حتی یکون اکثر من نصف یوم وهو الاستحسان لان فی القلیل ضرورة قال واما الاکل والشرب یکون فی معتکفه لان النبی صلی الله علیه وسلم لم یکن له مأوی الا فی المسجد ولانه یمکن قضاء هذه الحاجة فی المسجد فلا ضرورة الی الخروج ولا بأس بان یبیع ویبتاع فی المسجد من غیر ان یحضر السلعة لانه قد یحتاج المعتکف الی ذلک بان لا یجد من یقوم بحاجته الا انهم قالوا یکره احضار السلعة للبیع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفیه شغله بها ویکره لغیر المعتکف البیع والشراء فیه لقوله صلی الله علیه وسلم جنبوا مساجدکم صبیانکم الی ان قال وبیعکم وشراءکم قال ولا یتکلم الا بخیر ویکره له الصمت لان صوم الصمت لیس بقربة فی شریعتنا لکنه یتجانب عما یکون مأثما ویحرم علی المعتکف الوطی لقوله صلی الله علیه وسلم ولا تباشروهن وانتم عاکفون فی المساجد وکذا اللمس والقبلة لانه من دواعیه فیحرم علیه اذ هو محظوره کما فی الاحرام بخلاف الصوم لان الکف رکنه لا محظوره فلم یتعدا الی دواعیه فاذا جامع لیلا او نهارا عامدا او ناسیا بطل اعتکافه لان اللیل محل الاعتکاف بخلاف الصوم وحالة العاکفین مذکرة فلا یعذر بالنسیان ولو جامع فیما دون الفرج فانزل او قبل او لمس بطل اعتکافه لان فی معنی الجماع حتی یفسد به الصوم ولو لم ینزل لم یفسد وان کان محرما لانه لیس فی معنی الجماع وهو المفسد ولهذا لا یفسد به الصوم قال ومن اوجب علی نفسه اعتکاف ایام لزمه اعتکافها بلیالیها لان ذکر الایام علی سبیل الجمع یتناول ما بازائها من اللیالی یقال ما رایتک منذ ایام والمراد بلیالیها وکانت متتابعة وان لم یشترط التتابع لان مبنی الاعتکاف علی التتابع لان الاوقات کلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه علی التفرق لان اللیالی غیر قابلة للصوم فیجب الحمل علی التفریق حتی ینص علی التتابع وان نوی الایام خاصة صحت نیته لانه نوی الحقیقة ومن اوجب علی نفسه اعتکاف یومین لزمه بلیلتیهما وقال ابو یوسف لا یدخل اللیلة الاولی لان المثنی غیر الجمع وفی المتوسط ضرورة الاتصال ووجه الظاهر ان فی المثنی معنی الجمع فیلتحق به احتیاطا لامر العبادة

کتاب الحج

الحج واجب علی الاحرار البالغین العقلاء الاصحاء اذا قدروا علی الزاد والراحلة فاضلا عن المسکن وما لا بد منه وعن نفقة عیاله الی حین عوده وکان الطریق امنا ووصفه بالوجوب وهو فریضة محکمة ثبت فرضیته بالکتاب وهو قوله تعالی ولله علی الناس حج البیت الایة ولا یجب فی العمر الا مرة واحدة لانه صلی الله علیه وسلم قیل له الحج فی کل عام ام مرة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البیت وانه لا یتعدد

فلا یتکرر الوجوب ثم هو واجب علی الفور عند ابی یوسف وعن ابی حنیفة ما یدل علیه وعند محمد والشافعی علی التراخی لانه وظیفة العمر فکان العمر فیه کالوقت فی الصلوة وجه الاول انه یختص بوقت خاص والموت فی سنة واحدة غیر نادر فیتضیق احتیاطا ولهذا کان التعجیل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت فی مثله نادر وانما شرط الحریة والبلوغ لقوله صلی الله علیه وسلم ایما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعلیه حجة الاسلام وایما صبی حج عشر حجج ثم بلغ فعلیه حجة الاسلام ولانها عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبیان والعقل شرط لصحة التکالیف وکذلک صحة الجوارح لان العاجز دونها لازم واما الاعمی اذا وجد من یکفیه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا یجب علیه الحج عند ابی حنیفة خلافا لهما وقد مر فی کتاب الصلوة واما المقعد فعن ابی حنیفة انه یجب لانه مستطیع بغیره فاشبه المستطیع بالراحلة وعن محمد انه لا یجب لانه غیر قادر علی الاداء بنفسه بخلاف الاعمی لانه لو هدی یؤدی بنفسه فاشبه الضال عنه ولا بد من القدرة علی الزاد والراحلة وهو قدر ما یکتری به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائیا لانه صلی الله علیه وسلم سئل عن السبیل الیه فقال الزاد والراحلة وان امکنه ان یکتری عقبة فلا شیء علیه لانهما اذا کانا یتعاقبان لم توجد الراحلة فی جمیع السفر ویشترط ان یکون فاضلا عن المسکن وعما لا بد منه کالخادم واثاث البیت وثیابه لان هذه الاشیاء مشغولة بالحاجة الاصلیة ویشترط ان یکون فاضلا عن نفقة عیاله الی حین عوده لان النفقة حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم علی حق الشرع بامره ولیس من شرط الوجوب علی اهل مکة ومن حولهم الراحلة لانه لا یلحقهم مشقة زایدة فی الاداء فاشبه السعی الی الجمعة ولا بد من امن الطریق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قیل هو شرط الوجوب حتی لا یجب علیه الایصاء وهو مروی عن ابی حنیفة وقیل هو شرط الاداء دون الوجوب لانه صلی الله علیه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غیر ویعتبر فی المراة ان یکون لها محرم تحج به او زوج ولا یجوز ان تحج بغیرهما اذا کان بینها وبین مکة مسیرة ثلثة ایام وقال الشافعی یجوز لها الحج اذا خرجت من رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله صلی الله علیه وسلم لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولان بدون المحرم یخاف علیها الفتنة وتزداد بانضمام غیرها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبیة وان کان معها غیرها بخلاف ما اذا کان بینها وبین مکة اقل من ثلثة ایام لانه یباح لها الخروج الی ما دون السفر بغیر محرم واذا وجدت محرما لم یکن للزوج منعها وقال الشافعی له ان یمنعها لان فی الخروج تفویت حقه ولنا ان حق الزوج لا یظهر فی حق الفرائض والحج منها حتی لو کان الحج نفلا کان له ان یمنعها ولو کان المحرم فاسقا قالوا لا یجب علیها لان المقصود لا یحصل به ولها ان تحج مع کل محرم الا ان یکون مجوسیا لانه یعتقد اباحة مناکحتها

ولا عبرة بالصبي والمجنون لانهما لا يتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة
حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا في ان
المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي
بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل
فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد
لو فعل ذلك لا يجوز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج
منه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجوز للانسان ان يجاوزها الا محرما خمسة لاهل
المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل
اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التاقيت
المنع من تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى اليها على قصد
دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز
احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التجار
والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات فله ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله
وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها
ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم
الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم
بهما من دويرة اهله كذا قاله علي وابن مسعود والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به و
المشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع
في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت والحرم لانه
يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة
فميقاته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي صلى الله عليه وسلم امر اصحابه بان يحرموا بالحج من
جوف مكة وامر اخا عائشة ان يعمرها من التنعيم وهي في الحل ولان اداء الحج في عرفة
وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام
من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه صلى الله عليه وسلم اغتسل
لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في
الجمعة لكن الغسل افضل لان النظافة فيه اتم ولانه صلى الله عليه وسلم اختاره ولبس ثوبين جديدين
او غسيلين رداء وازارا لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع
عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد

افضل

ذو الحليفة

افضل لانه اقرب الى الطهارة **قال** ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب
بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور
حديث عائشة رض قالت كنت اطيب رسول الله لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب
والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه **قال** وصلى ركعتين لما روى
جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه **قال** وقال اللهم
اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى
عن المشقة عادة فيسال التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها
عادة متيسرة **قال** ثم يلبي عقيب صلوته لما روي انه صلى الله عليه وسلم لبى دبر صلوته وان لبى
بعد ما استوى على راحلته جاز ولكن الاول افضل لما رويناه وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته
الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك
لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون
ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه وسلامه
على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق
الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه اعتبره بالاذان
والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة
زادوا على الماثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه **قال**
واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتأدى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة
اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا
للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريم الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به
التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا والفرق بينه وبين
الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر
كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية **قال** ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث و
الفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي
بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق
المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين
في تقديم وقت الحج وتاخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا
يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه
محرمون فقال صلى الله عليه وسلم لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا
ولانه ازالة الامن على الصيد لانه آمن لتوحشه وبعده عن الاعين **قال** ولا يلبس

عند احرامه

قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد النعلين فيقطعهما من اسفل الكعبين لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يلبس المحرم من هذه الاشياء وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد النعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد ولا يغطي رأسه ولا وجهه وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله صلى الله عليه وسلم احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الرأس قال ولا يمس طيبا لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه وشعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله صلى الله عليه وسلم لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له الفسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل رأسه ولحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله صلى الله عليه وسلم افضل الحج العج والثج فالثج اسالة الدم والعج رفع الصوت بالتلبية قال واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما فاذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر يقول اذا لقي البيت

يقول بسم

يقول بسم الله والله اكبر ومحمد لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد وابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها الاستلام قال ويستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه صلى الله عليه وسلم طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك فطاف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه صلى الله عليه وسلم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع قبل ذلك فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي صلى الله عليه وسلم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستلم هذين الركنين

ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم يأتي المقام فيصلي
ركعتين عنده او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل
الوجوب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل
طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف
ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة
وليس بواجب وقال مالك هو واجب لقوله صلى الله عليه وسلم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا
ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع
وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم
في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عم
ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صعد الصفا حتى اذا نظر الى
البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا
الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت
بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما
خرج عليه الصلوة والسلام من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب
الى الصفا لا انه كان سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي يسعى
بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل
على الصفا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن
الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما سبعة اشواط
قال وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى
في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله صلى الله عليه وسلم فيه ابدؤا بما
بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي انه ركن لقوله عم
ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل
للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا
بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان
بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت
صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة
لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي
ركعتا الطواف على ما بينا قال واذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم

فيها الناس الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل ان في الحج
ثلاث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر
فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة ايام متوالية اولها يوم التروية لانها
ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوم اشتغال فكان
ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى ويقيم بها حتى يصلي
الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس
راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات
بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم
اقامة نسك ولكنه اساء في تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم يتوجه الى عرفات
فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال
في الاصل ينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع ارجى
وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا زالت الشمس صلى الامام
بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب بهم خطبة يعلم الناس فيها الوقوف والمزدلفة ورمي الجمار
والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال مالك يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد
ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد
الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف انه يؤذن قبل خروج الامام
وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج واستوى على ناقته
اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة
فاشبه الجمعة ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض
باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان و
اقامتين ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد
بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر
على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد
لان اشتغاله بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة
اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في
وقته عند ابي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد
يحتاج اليه ولابي حنيفة ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع
به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقدم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا

فی الموقف لما ذکراه اذ لا منافاة ثم عند ابی حنیفة الامام شرط فی الصلوتین جمیعا وقال زفر فی العصر خاصة لانه هو المغیر عن وقته وعلی هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابی حنیفة ان التقدیم علی خلاف القیاس عرف شرعه فیما اذا کانت العصر مرتبة علی ظهر مؤدی بالجماعة مع الامام فی حالة الاحرام بالحج فیقتصر علیه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال فی روایة تقدیما للاحرام علی وقت الجمع وفی روایة الاخری یکتفی بالتقدیم علی الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم یتوجه الی الموقف فیقف بقرب الجبل والقوم معه عقیب انصرافهم من الصلوة لان النبی صلی الله علیه وسلم راح الی الموقف عقیب الصلوة والجبل یسمی جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات کلها موقف الا بطن عرنة لقوله صلی الله علیه وسلم عرفة کلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة کلها موقف وارتفعوا عن وادی محسر وینبغی للامام ان یقف بعرفة علی راحلته لان النبی صلی الله علیه وسلم وقف علی ناقته وان وقف علی قدمیه جاز والاول افضل لما بینا وینبغی ان یقف مستقبل القبلة لان النبی صلی الله علیه وسلم وقف کذلک وقال علیه السلام خیر المواقف ما استقبل به القبلة ویدعو ویعلم الناس المناسک لما روی ان النبی صلی الله علیه وسلم کان یدعو یوم عرفة مادا یدیه کالمستطعم المسکین ویدعو بما شاء وان ورد الاثر ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصیلها فی کتابنا المترجم بعدة الناسک فی عدة من المناسک بتوفیق الله وینبغی للناس ان یقفوا بقرب الامام لانه یدعو ویعلم فیعوا ویسمعوا وینبغی ان یقف من وراء الامام لیکون مستقبل القبلة وهذا بیان الافضلیة لان عرفة کلها موقف علی ما ذکرنا ویستحب ان یغتسل قبل الوقوف ویجتهد فی الدعاء اما الاغتسال فهو سنة ولیس بواجب ولو اکتفی بالوضوء جاز کما فی الجمعة والعیدین وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه صلی الله علیه وسلم اجتهد فی الدعاء فی هذا الموقف لامته فاستجیب له الا فی الدماء والمظالم ویلبی فی موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالک یقطع التلبیة کما یقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالارکان ولنا ما روی ان النبی صلی الله علیه وسلم ما زال یلبی حتی اتی جمرة العقبة ولان التلبیة فیهما کالتکبیر فی الصلوة فیاتی بها الی آخر جزء من الاحرام قال واذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه علی هینتهم حتی یاتوا مزدلفة لان النبی صلی الله علیه وسلم دفع بعد غروب الشمس ولان فیه اظهار مخالفة المشرکین وکان صلی الله علیه وسلم یمشی علی راحلته فی الطریق علی هینته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم یجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم یفض من عرفة والافضل ان یقف فی مقامه کیلا یکون آخذا فی الاداء قبل وقتها فلو مکث قلیلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا باس لما روی ان عائشة رضی الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت قال واذا اتی مزدلفة

فالمستحب

فالمستحب ان یقف بقرب الجبل الذی علیه المیقدة یقال له قزح لان النبی صلی الله علیه وسلم وقف عند هذا الجبل وکذا عمر ویتحرز فی النزول عن الطریق کیلا یضر بالمارة فینزل عن یمینه او عن یساره ویستحب ان یقف وراء الامام لما بینا فی الوقوف بعرفة قال ویصلی الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر باذان واقامتین اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا روایة جابر رضه ان النبی صلی الله علیه وسلم جمع بینهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء فی وقته فلا یفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم علی وقته فافرد بها لزیادة الاعلام ولا یتطوع بینهما لانه یخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشیء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وکان ینبغی ان یعید الاذان کما فی الجمع الاول الا انا اکتفینا باعادة الاقامة لما روی ان النبی صلی الله علیه وسلم صلی المغرب بالمزدلفة ثم تعشی ثم افرد الاقامة للعشاء ولا یشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابی حنیفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم علی وقته ومن صلی المغرب فی الطریق لم یجزه عند ابی حنیفة ومحمد وعلیه اعادتها ما لم یطلع الفجر وقال ابو یوسف یجزیه وقد اساء وعلی هذا الخلاف اذا صلی بعرفات لابی یوسف انه اداها فی وقتها فلا تجب اعادتها کما بعد طلوع الفجر الا ان التاخیر من السنة فیصیر مسیئا بترکه ولهما ما روی ان النبی صلی الله علیه وسلم قال لاسامة رضه فی طریق المزدلفة الصلوة امامک معناه وقت الصلوة وهذا اشارة الی ان التاخیر واجب لیمکنه الجمع بین الصلوتین بالمزدلفة وکان علیه الاعادة الی ان یطلع الفجر لیصیر جامعا بینهما فاذا طلع الفجر لا یمکنه الجمع فسقطت الاعادة فاذا طلع الفجر صلی الامام بالناس الفجر بغلس لروایة ابن مسعود ان النبی صلی الله علیه وسلم صلاها یومئذ بغلس ولان فی التغلیس دفع حاجة الوقوف فیجوز کتقدیم العصر بعرفة ثم وقف الناس معه ودعا لان النبی صلی الله علیه وسلم وقف فی هذا الموضع یدعو حتی روی فی حدیث ابن عباس واستجیب له دعاؤه لامته حتی الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا ولیس برکن حتی لو ترکه بغیر عذر یلزمه الدم وقال الشافعی انه رکن لقوله تعالی فاذکروا الله عند المشعر الحرام وبمثله یثبت الرکنیة ولنا ما روی ان النبی صلی الله علیه وسلم قدم ضعفة اهله باللیل ولو کان رکنا لما فعل والمذکور فیما تلا الذکر وهو لیس برکن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله صلی الله علیه وسلم من وقف معنا هذا الموقف وقد کان افاض قبل ذلک من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا یصلح امارة الوجوب غیر انه اذا ترکه بعذر بان یکون به ضعف او علة او کانت امراة تخاف الزحام لا شیء علیه لما روینا قال والمزدلفة کلها موقف الا وادی محسر لما روینا من قبل قال واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس معه حتی یاتوا منی قال رحمه الله هکذا وقع فی نسخة المختصر وهذا غلط

والصحيح انه اذا اسفر افاض الامام والناس معه لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس
قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف
لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال صلى الله عليه وسلم
عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار
من الاحجار كيلا يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزأه لان ما حولها موضع النسك
والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم
ولو سبح مكان التكبير اجزأه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان لا يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود وروى جابر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع
الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع
السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها
طرحا اجزأه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس
برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت
بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه
واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة
فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل
اجزأه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة
لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب
التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم
عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق
افضل لقوله صلى الله عليه وسلم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في
قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفى
بالحلق بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير
ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك
الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم
على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة بالنساء
فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول

انه يتوقت

انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غير
اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به
قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة
سبعة اشواط لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم
عاد الى منى فصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا
منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من
يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه
الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها قال فان كان سعى بين الصفا والمروة
عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي قبل ذلك
رمل في هذا الطواف وسعى بعده على ما بينا لان السعي لم يشرع الا مرة واحدة والرمل ما شرع
الا مرة في طواف كان بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين
فرضا كان او نفلا لما بينا وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا
انه اخر عمله في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور
به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره
عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة وسنبينه في باب
الجنايات ان شاء الله تعالى قال ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي صلى الله عليه وسلم رجع اليها
كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار
الثلث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي
التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه
فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه
الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو لحاجته ويرفع يديه
لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع
الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي عليه السلام قال اللهم
اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط
العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا
يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث
بعد زوال الشمس كذلك واذا اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة واذا اراد ان يقيم رمى الجمار
الثلث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر
فلا اثم عليه والافضل ان يقيم لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صبر حتى رمى الجمار الثلث

في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول
وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال
بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما
التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس ولانه
لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى
بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهورة الرواية
لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت
طلوع الفجر وقال الشافعي اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص
للرعاة ان يرموا ليلا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى
حتى تطلع الشمس فيثبت ان اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتأويل ما روي
الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي مرتب عليه فيكون
وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم
ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل هذا اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي
يوسف انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا
شيء عليه لحديث الرعاة وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي
حنيفة لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال وان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي
وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف
ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف
ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي صلى الله عليه وسلم بات بها وعمر رضه كان يؤدب
على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي لانه وجب
ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره
ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لان عمر رضه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه
يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به
رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان نزوله قصدا وهو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما
روينا انه صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه انا نازلون غدا الخيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون
فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف
صنع الله به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل مكة فطاف بالبيت
سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر العهد
بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام

من هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض في تركه قال
الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة ويصلي ركعتي
الطواف بعده لما قدمناه ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة
ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر والباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة
يدعو ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف
وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان
تمام الحج فصل فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا فقد سقط
عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان
به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن
ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك
الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعد
الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته
عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان آخر الوقت ومالك وان كان يقول ان اول وقته بعد
طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من
ساعته اجزاه عندنا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة
ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم
وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لم يعلم
انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء
والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست
بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز فلو
امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق
او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وهذا لانه لم يصرح
بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه
العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد
منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا
دلالة والعلم ثابت دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه قال
والمرأة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل غير انها لا تكشف رأسها لانها عورة
وتكشف وجهها لقوله صلى الله عليه وسلم احرام المرأة في وجهها ولو اسدلت شيئا على

وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع
صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق و
لكن تقصر لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر
في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة
قالوا لا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا
قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد
الحج فقد احرم لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية
في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل
كما يكون بالقول فيصير محرما به لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد
ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها
لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لا يصير محرما حتى يلحقها لان عند التوجه
اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها
وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها
في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه ومعناه اذا نوى الاحرام وهذا
استحسان وجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع من الابتداء
نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره
قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة
الفعل وان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب
فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة فلا يكون من النسك في شيء وعندهما
ان كان نسكا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه مختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس
بسنة ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي من الابل خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث الجمعة والمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا
تجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي الافراد افضل وقال مالك
التمتع افضل لان له ذكرا في القرآن وهو قوله تعالى فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الآية ولا ذكر للقران
فيه وللشافعي قوله صلى الله عليه وسلم القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر و
الحلق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين
فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر
غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يترجح بما ذكر والمقصود لما روي نفي قول اهل الجاهلية
ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا
الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة
احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف
بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده يطوف
طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات
ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع
بين الحج والعمرة قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان
يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل الله
التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذا يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة
فكذا يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع ولو نوى
بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت
سبعة اشواط يرمل في الثلاثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه
افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا
في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة
ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد
ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد وهذا مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى
سعيا واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على التداخل
حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف
صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ولان
القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا
تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحرم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء
بمقاصد بخلاف الاركان الا يرى ان شفعي التطوع لا يتداخلان بتحريمة واحدة تؤديان
ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال وان طاف طوافين لعمرته وحجته
وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف
التحية عليه ولا يلزمه شيء عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى
والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى
الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى
المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر في بابه واراد

بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز
سبع البقر فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى
اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص
وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مترفق باداء النسكين والمراد بالحج وقته لان نفسه
لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل
فان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان فيها نهي عنه وقال
الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه
رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته
الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت
فيقضى وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا ان
النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام ثابت فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما
وجب كاملا ولا يؤدي بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه
بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي
تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى
عرفات ووقف فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا
افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من
مذهب ابي حنيفة ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر
هناك بالتوجه وهو متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة
فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين
وعليه دم لرفض عمرته بعد الشروع فيها وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان الافراد افضل
لان المتمتع سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران
ثم فيه زيادة نسك وهي اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج
كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا
يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما
الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات في اشهر الحج
فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة
وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة
القضاء وقال مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما رويناه

وقوله تعالى محلقين رؤوسكم الآية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية
كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك كما وقع بصره
على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء
قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها
الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة
واذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد
فليس بشرط لازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله
الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لانه قد اتى بذلك
مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا
رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلاثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن
الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الدم وهو في هذه الحالة غير متمتع
فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه فان صامها بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز
خلافا للشافعي له قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه والمراد
بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل تأخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا
في القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهو افضل لان النبي
صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت
بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما بيناه والتقليد اولى من
التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير
محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق
الهدي وهو افضل من ان يقودها لان النبي صلى الله عليه وسلم احرم بذي الحليفة وهداياه
تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال
واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد ولا يشعر عند ابي حنيفة ويكره الاشعار وهو الادماء
بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن
قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا و
في جانب اليمين اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنع مكروه عند ابي حنيفة
وحسن عندهما وعند الشافعي سنة لانه مروي عنه عم وعن الخلفاء الراشدين
ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل
وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه
مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح

المحرم واشعار النبي صلى الله عليه وسلم كان لصيانة الهدى لان المشركين كانوا لا يمتنعون عن تعرضه الا
به وقيل ان ابا حنيفة كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره
ايثاره على التقليد **قال** واذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا
يسوق الهدى الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من امرى
ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى
ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع
من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق
من ساق الهدى وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر
فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل
مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي والحجة عليه في ذلك قوله تعالى ذلك
لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا
في حق الآفاقي ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران
بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة
الآفاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه لانه الم
باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين واذا
ساق الهدى فالمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه
من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدى
حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فيصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر
الحج وطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان
الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر
وللاكثر حكم الكل فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك
لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع
فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا
ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر
الحج **قال** فاشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة
الثلاثة وعبد الله بن الزبير ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت
لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران
وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا

للشافعي

لش فعنده انما يصير محرما بالعمرة عنده لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة
في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح
في كل زمان وصار كالتقديم على المكان واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وحلق
وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق
بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة
وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان
ميقاتيتان وله ان سفرته الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب
دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر
الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق
فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في
اشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول
وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج
من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول قد انتهى بالعمرة الفاسدة
ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه
الخروج عن عهدة الاحرام الا باداء الافعال وسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء النسكين
الصحيحين في سفرة واحدة فاذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لانها اتت
بغير الواجب لان دم الاضحية غير دم المتعة وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت عند الوقوف
اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة
حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا الاغتسال
صحيح للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا وان حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت
ولا شيء عليها لترك طواف الصدر لانه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف
الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا
بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة ويرويه البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول
وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل
الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك
في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه صدقة لقصور
الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب
ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى

ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي وكل صدقة
في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف
فان خضب رأسه بالحناء فعليه دم لانه طيب قال النبي صلى الله عليه وسلم الحناء طيب وان صار ملبدا
فعليه دمان دم للطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب
وعن ابي يوسف انه اذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه
يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير
دل على ان كل واحد منهما مضمون وان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه
صدقة وقال الشافعي ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره
فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث
فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة انه اصل الطيب فلا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين
الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل جناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه
كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق
وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب
ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه وانما هو اصل
الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك
وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك
فعليه صدقة وعن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة
اولا وقال الشافعي يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا
ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر
باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة ويتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف
اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم
يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه خلافا لزفر لانه ما لبسه
لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف
انه اذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي
عن ابي حنيفة انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود
يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق
ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك
لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق
بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فيتكامل به الجناية ويتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب

ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة
كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما
مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة وذكر في الابطين الحلق ههنا
وههنا في الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان
اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل
بحلق كله ويتقاصر عند حلق بعضه فان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه
انه ينظر الى هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثل
ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب يدل على انه هو السنة فيه
دون الحلق والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم
فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات
فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة ان حلقه
مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم
ولو حلق محرم رأس محرم آخر بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم وقال
الشافعي لا يجب ان كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج
المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي
المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف
المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه
على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق
حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق يلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين
وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق
لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو عن بدن الانسان من محظورات
الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان
كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه
ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي
بتفث نفسه فيلزمه الطعام فان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات
لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فان قلمها كلها فهو ارتفاق كامل
فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد فان كان
في مجالس فكذا عند محمد لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة
لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا

او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة وان
قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير
فعليه صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول ابي
حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحد دما والثلاث اكثرها وجه المذكور في الكتاب
ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام
كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما
اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة لهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم
على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية
تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقات
الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء **قال** وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه
فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب
او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة
مساكين بثلاثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام
او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا والآية نزلت
في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا
لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان
مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه
التغدية والتعشية عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجوز لان الصدقة
تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فان نظر الى فرج امرأة بشهوة فامنى لا شيء عليه
لان المحرم الجماع ولم يوجد فصار كما اذا تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي
الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل ولم ينزل ذكره في الاصل
وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي انه انما يفسد احرامه في جميع ذلك
اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات
وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة
وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون
الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه
شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج

من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة وقال الشافعي يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف
والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى
الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم لم سوى بين السبيلين وعن ابي
حنيفة في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق
امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا
انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه له انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان
الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران
ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق
ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل الرمي
لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس او لانه
اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في
حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة ومن جامع في العمرة
قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة واذا جامع بعد ما
طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي يفسد في الوجهين وعليه
بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة
فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كان كمن جامع عامدا وقال الشافعي
جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض
فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا
لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات
الصلوة بخلاف الصوم **فصل** ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
وقال الشافعي لا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح فيه
المنطق فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة
فلم يكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر
يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع
ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى
وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه
شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم فان كان جنبا فعليه
بدنة كذا روي عن ابن عباس رضه ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها
بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم

الحلق والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه أن يعيد
والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة إيجابا لفحش النقصان بسبب
الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم إذا أعاده وقد طاف محدثا لا ذبح عليه وإن أعاده
بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهة النقصان وإن أعاده وقد طاف
جنبا في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم
عند أبي حنيفة بالتأخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع إلى أهله وقد طافه جنبا عليه
أن يعود لأن النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود بإحرام جديد وإن لم يعد
وبعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له إلا أن الأفضل هو العود ولو رجع إلى أهله وقد
طافه محدثا إن عاد وطاف جاز وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى النقصان
وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود
بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبدا حتى يطوف ومن طاف طواف
الصدر محدثا فعليه صدقة لأنه دون طواف الزيارة وإن كان واجبا فلا بد من إظهار
التفاوت وعن أبي حنيفة أنه تجب شاة إلا أن الأول أصح ولو طاف جنبا فعليه
شاة لأنه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف
الزيارة ثلاثة أشواط وما دونها فعليه شاة لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبه
النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود ويبعث شاة
لما بينا ومن ترك أربعة أشواط بقي محرما أبدا حتى يطوفها لأن المتروك أكثر فصار
كأنه لم يطف أصلا ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة لأنه ترك
الواجب أو الأكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلاثة
أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر
فإن كان بمكة أعاده لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف
في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فإذا فعل
ذلك فقد أدخل نقصا في طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه
المشروع وإن أعاد على الحجر خاصة أجزأه لأنه تلافى ما هو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه
خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع
مرات فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم لأنه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب
من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر
في آخر أيام التشريق طاهرا فعليه دم وإن كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان
عند أبي حنيفة وقالا عليه دم واحد لأن في الوجه الأول لم ينتقل طواف الصدر إلى

طواف الزيارة

طواف الزيارة لأنه واجب وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو
مستحب فلا ينتقل إليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحق الإعادة
فيكون تاركا لطواف الصدر ومؤخرا للطواف الزيارة عن أيام التشريق فيجب الدم
بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة
ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا فإن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا
شيء عليه أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث وأما السعي فلأنه تبع للطواف
فإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان فإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه دم
لترك الطهارة فيه ولا يعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير وليس عليه في
السعي شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتد به وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في
الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لأن السعي من الواجبات عندنا
فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله
لا شيء عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزم بترك الإطالة شيء ولنا أن الاستدامة إلى غروب
الشمس واجب لقوله صلى الله عليه وسلم فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما إذا
وقف ليلا لأن استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فإن عاد إلى عرفة
بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لأن المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما
إذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بمزدلفة فعليه دم لأنه من الواجبات ومن ترك
رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لأن الجنس متحد كما في الحلق
والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لأنه لم يعرف قربة إلا فيها وما دامت
الأيام باقية والإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافا
لهما وإن ترك رمي يوم فعليه دم لأنه نسك تام ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث فعليه
الصدقة لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف
فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر ومن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لأنه كل
وظيفة هذا اليوم رميا وكذا إذا ترك الأكثر منها فإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا
تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص ما شاء لأن المتروك هو الأقل
فيكفيه الصدقة ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة وكذا إذا أخر
طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم
نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما أن
ما فات مستدرك بالقضاء فلا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه
أنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت

بالمكان كالاحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان كالاحرام وان حلق
في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال زفر ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم
يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من
الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه
احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر
الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح و
بعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه والحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون
الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق
التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت
بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به **قال**
فان لم يقصر حتى رجع وقصر لا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به
في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة
دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما
يجب عليه دم واحد وهو الاول والصواب ان يلزمه ثلثة دماء عند ابي حنيفة دمان
لتأخير الذبح عن الحلق ودم للقران وعندهما عليه دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب
التأخير شيء على ما بينا **فصل** اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى
احل لكم صيد البحر الى آخر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون
توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى النبي صلى الله عليه وسلم
الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب
فانها مبتديات بالاذى والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف
قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى
ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم نص على ايجاب
الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي وهو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست
بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة وقال عطاء رحمه الله
اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام وانه تفويت
الامن على الصيد اذ هو آمن متوحش ومتوار به فصار كالاتلاف ولان المحرم
باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام

من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون
المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان
على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد
والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد
سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد في المكان
الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في بر فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء
ان شاء ابتاع بها هديا وذبح ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل
مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكره وقال محمد
والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع
جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله
ما يشبه المقتول صورة لا قيمة لان القيمة لا يكون نعما والصحابة اوجبوا النظير من حيث الخلقة
والمنظر في الظبي وحمار الوحش والارنب على ما بيناه وقال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد
وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد تجب القيمة مثل العصفور والحمام وما اشبههما واذا وجبت القيمة
كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من ان كل واحد منهما
يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل
عليه فيحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او
لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم
النعم يطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير دون
ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير
على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او الصوم فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف لهما ان التخيير شرع رفقا
لمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم
هديا بالغ الكعبة ذكر الهدي منصوبا على التفسير لقوله يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام
والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه
مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوعا فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع
اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه
لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب
المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط
كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا

بالغ الكعبة فيجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن
نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة فقربة في كل زمان ومكان والصوم
يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فاذا ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم
وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه
في الاضحية لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة
اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق
واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا
اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير ولا يجوز
ان يطعم مسكينا اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار
الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير
الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود
في الشرع كما في باب الفدية فان فضل الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق به
وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب
دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم عنه يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف
شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف
ريش طاير او قطع قوايم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن
بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن
عباس ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم
يفسد فاذا اخرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم
سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد ان يخرج منه الفرخ
الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية و
القت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذيب والحية
والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق
يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقال صلى الله عليه وسلم
يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر
الذيب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذيب او يقال ان الذيب في
معناه والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط به لانه يبتدي بالاذى اما العقعق
غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدي بالاذى وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير
العقور والمستانس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة

الاهلية

الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى
وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست
بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد بالنمل السوداء والصفراء الذي يوذي
وما لا يوذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء
مثل كف من الطعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير
اطعم شيا عليه وهذا يدل على انه يجزي ان يطعم مسكينا شيا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم
يكن مستبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن
اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة
ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات
ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه
قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع
ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي لا يجب الجزاء لانها
جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها
لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصاد به او
لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع
عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر يجب القيمة بالغة ما بلغت اعتبارا
بماكول اللحم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع
بجلده لا لانه محارب موذي ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال
السبع على المحرم فقتله فلا شيء عليه وقال زفر عليه الجزاء اعتبارا بالجمل الصايل ولنا
ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتداناه ولان المحرم ممنوع
عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق
الخمس فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب
الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصايل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر
المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه
من قبل ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي
لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن
والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك له انه الوف
مستانس ولا يمتنع بجناحه لبطو نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة
ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل

ظبيا مستأنسا لانه صيد باصل الخلقة فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ندّ لا ياخذ حكم الصيد
في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا تحل وقال الشافعي يحل ما ذبحه
المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع وهذا فعل حرام
فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام المميز بين اللحم و
الدم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل
عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه جزاء ما اكل فان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم
جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره
ولابي حنيفة ان حرمته باعتبار كونه ميتة لما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه
هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول
بهذه الوسائط مضافا الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات
احرامه ولا بأس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم
عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله صلى الله عليه وسلم
لا بأس بان ياكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصد له ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم
تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس به واللام فيما روي
لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم ومعناه ان يصاد بامره ثم شرط
عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرّم قالوا وفيه روايتان ووجه الحرمة
حديث ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق
بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال صلى الله عليه وسلم في حديث
فيه طول لا ينفّر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان
الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق
الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء
للافعال لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق
قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه
اذا كان في يده خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد
ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق
الامن لما روينا فان باعه ردّ البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من
التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت
الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او حلال لما قلنا ومن احرم وفي
بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي عليه ان يرسله لانه متعرض

للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده فاحرم ولنا ان الصحابة كانوا يحرمون وفي
بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي
من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت او
القفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا
كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله
غيره من يده يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر
وما على المحسنين من سبيل له انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه و
قد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لا يملكه والواجب عليه
ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف
في كسر المعازف وان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره فلا ضمان عليه بالاتفاق
لانه لا يملكه بالاخذ لان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ
متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين
كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ
مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به
فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان قطع
حشيش الحرم او شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه
لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا
يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من
ضمان المحل على ما بيّنّا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه
بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه
يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره والذي ينبته الناس عادة عرفناه
غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم هو المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند
عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبت
عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة
اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس
بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف لا بأس بالرعي فيه
لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر
كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه

النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء
فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي
دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل **قال**
الا ان يجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لما ان المستحق
عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك
محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا
جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم
فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين
قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد
او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد الامن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن
اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد
الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية
فتسري الى الولد فاذا ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء
لم يبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الميقات بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق
ولبى بطل عنه دم الوقت فان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود
فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك
في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك
المتروك على ما مر غير ان التدارك عنده بما فيما يعود محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر
به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص
بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي في عوده ملبيا وعلى
هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعدما ابتداء
الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق
وهذا الذي ذكرناه اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل
مكة بغير احرام ووقته البستان وهو صاحب المنزل على السواء لان البستان غير واجب
التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام
للحاجة فكذا له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل
فكذا وقت الداخل الملتحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني

والداخل

والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت
واحرم بحجة عليه اجزاه من دخوله مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه
بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه
تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت
السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور
فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الميقات واحرم
بعمرة وافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس
عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت
الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام فيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجته
هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام
منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فيوضح الفرق واذا خرج
المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه
بغير احرام فان عاد الى الحرم فلبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الافاقي والمتمتع
اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال
العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي في الحج من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه فان رجع
الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الافاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة اذا احرم المكي بعمرة
وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه دم لرفضه وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف
ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لابد من رفع احدهما لان الجمع بينهما في
حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها
غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف
للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا
فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة له ان احرام العمرة تأكد باداء
شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه
ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه
لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه
وقضاء عمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه
منهي عنه والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان
في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الافاقي دم شكر ومن احرم بالحج

ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق فى الاولى لزمته الاخرى ولا شئ عليه وان لم يحلق فى
الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابى حنيفة وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه
لان الجمع بين احرامى الحج واحرامى العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا فى الاحرام الاول
فهو جناية على الثانى لانه فى غير اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج فى العام القابل
فقد اخر الحلق عن وقته فى الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابى حنيفة وعندهما
لا يلزمه شئ على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ
من عمرته الا التقصير فاحرم بالاخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامى العمرة
وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بحجة ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع
بينهما مشروع فى حق الآفاقى والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا السنة فيصير
مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها
اذ هى مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه
من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع
بينهما مشروع على ما مر فيصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية فانه سنة وليس
بركن حتى لا يلزمه بتركه شئ واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتى بافعال العمرة ثم بافعال
الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان
افعال العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشئ من
اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها
ومن اهل بعمرة فى يوم النحر او فى ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اى يلزمه الرفض لانه قد
ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كره العمرة فى هذه
الايام على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا
فان مضى عليهما اجزاه لان الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا فى هذه الايام باداء
بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما فى الاحرام او فى الافعال
الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر
فى الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهى قال الفقيه ابو جعفر مشايخنا على هذا فان
فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان
ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ياتيك فى باب الفوات فيصير جامعا بين العمرتين
من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة يصير جامعا بين
الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم
لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه

مرض منعه من المضى جاز له التحلل وقال الشافعى لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدى
شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت
فى الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه
لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والحرج فى الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز
له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما
يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا فى زمان او مكان على ما مر
فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى تبلغ الهدى
اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعى لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف
قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدى فالشاة ادناه
وتجزيه البقرة والبدنة كما فى الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد
يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى يشترى الشاة هناك ويذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى
انه ليس عليه الحلق والتقصير وهو قول ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب ذلك ولو لم يفعل
لا شئ عليه لان النبى صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك
ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبى صلى الله عليه وسلم
واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه
الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن
واحد منهما لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا فى الحرم
ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابى حنيفة وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر
ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدى المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد
منهما محلل ولابى حنيفة انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر
دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه فى اوانه
لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهى به **قال** والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة
هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع والعمرة
لما انه فى معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء فالاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك
لا يتحقق لانها لا يتوقت لنا ان النبى صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا
ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا يوجد فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه
القضاء اذا تحلل كما فى الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما فلما بينا واما
الثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه
فى يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدى لا يلزمه ان يتوجه بل

يصير حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال
العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول
المقصود بالخلف فاما اذا ادرك هديا صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى
عنه فان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي
جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت
بيوم النحر فمتى يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة يستقيم
بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر انه قدر على الاصل وهو
الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع
ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس
وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي
النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر
لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر
لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف
فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة
خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج
لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل ولا دم
والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا
باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه
لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة
لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام
التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان
هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول
وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه لكن مع هذا لو اداها في
هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح
الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي فريضة لقوله صلى الله عليه وسلم العمرة فريضة كفريضة
الحج ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى
بنية غيرها كما في فائت الحج وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال الحج كالحج اذ لا يثبت

الفرضية

الفرضية مع التعارض في الآثار **قال** وهي الاحرام والطواف والسعي والحلق وقد ذكرناه
في باب التمتع

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا ان للانسان ان يجعل
ثواب عمله لغيره صوما او صلوة او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي ان النبي عم
ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله وشهد له بالبلاغ
جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة
كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول
المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا
يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري
عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر
وفي الحج النفل يجوز الانابة في حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع
عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في هذا الباب كحديث الخثعمية فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه
عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم **قال** ومن امره
رجلان ان يحج عن كل منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن
الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك
ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما
بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب
عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وههنا يفعل بحكم الامر وقد خالف
امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه
وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم
الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه
مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة
او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له
الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم
يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان
المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا **قال** فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم
على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمامور
هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن
محمد ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه

واذا ناله بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف
على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه
ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم
في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكاة
وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية
وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح
هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع
بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا
وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما
بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا
عند ابي حنيفه وقالا يحج عنه من حيث مات الاول والكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي
مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفه اما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع
اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية لان تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه
بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفه ان قسمة الوصي وعزله المال
لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك
الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفه
وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال صلى الله عليه وسلم
اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا الثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت
الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج ولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى
ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال صلى الله عليه وسلم من مات في طريق
الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك
المكان واصل الخلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المامور بالحج **قال** ومن
اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل
ثوابه حجة له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد
الاداء بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الهدي فقال ادناه
شاة وهو من ثلاثة انواع الابل والغنم والبقر لان النبي صلى الله عليه وسلم لما جعل الشاة ادنى
لابد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به
فيه والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا

لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيختصان بمحل واحد والشاة جايزة في كل شيء الا في
موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز
فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران
لانه دم نسك فيجوز الاكل منها كالاضحية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه
وحسا من مرقته ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه
الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي قال عم
لا تاكل انت ولا رفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم
النحر **قال رحمه الله** وفي الاصل يجوز ذبح التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا
هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم
واذا وجد ذلك يجوز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في
اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس
الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم
النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم
النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد منهما دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء
كفارة فلا تختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع
النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك **قال رحمه الله** ولا يجوز
ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم
هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال صلى الله عليه وسلم
منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم
خلافا للشافعي لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة ولا يجب
التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب به باراقة دمه فيه
لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه موقت بيوم النحر فعسى
لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك ومبناه على التشهير بخلاف دماء
الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها
الستر والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك
وانحر قيل في تاويله الجزور وقال تعالى ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه
بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر
والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا قياما او اضجعها فاي ذلك فعل فهو حسن

والافضل ان ينحرها قياما لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر الهدايا قياما واصحابه كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع الذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه ان كان يحسن لما روي انه صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال رحمه الله ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجرة الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لا يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روي انه صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب اقام غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع به ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كانت تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن

تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسائل منثورة

اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذلك اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال رحمه الله ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدا بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي بالنص فلا يتعلق بالبداية قال رحمه الله ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدي المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي اما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها

بغير الجماع بقص شعر او تقليم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج

كتاب النكاح

قال رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والصدقة والتمليك وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في قذف قال رحمه الله اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصح مقلدا وكذا هذا والمحدود في قذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابن العاقدين قال رحمه الله وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال زفر ومحمد لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار

اثبات

اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز

فصل في بيان المحرمات

لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم والجدات امهات اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع قال رحمه الله ولا ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال رحمه الله ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال رحمه الله ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة بنيه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين وان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين فلا يدري ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما

باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيل مع التجهيل لعدم الفائدة او
للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وقد انعدمت الاولوية للجهل
بالاولية فينصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة
ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح
المرأة على عمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها الحديث وهذا مشهور يجوز الزيادة به
على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى
لان الجمع بينهما يفضي الى قطيعة الرحم والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع ولو كانت المحرمية
بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت
زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة
الزوج لو قدرناها ذكرا لم يجز له النكاح بامرأة ابيه قلنا امرأة ابيها لو صورتها ذكرا
جاز له التزوج بهذه والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب وقد صح ان عبد الله
ابن جعفر جمع بين امرأة علي وابنته ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها
وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور
لنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير
اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا
في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث
انه زنا ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي لا يحرم وعلى
هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره بشهوة له ان المس
والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه
في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان ينتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح
والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل
فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض
الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في دبرها واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او
رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة
عن طلاق باين او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو
وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه
كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب
على رواية كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال

في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا
المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية
تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين
من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال رحمه الله ولا الوثنيات
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابيات اذا كانوا يؤمنون بدين
نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا
كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذاهبهم
فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم قال رحمه الله قال ويجوز للمحرم والمحرمة
ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف
له قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم تزوج
بميمونة رضي الله عنها وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة
كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح
الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة
بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا عنه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه
امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل
الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة وهو
باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة
ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى
فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها
لقوله صلى الله عليه وسلم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات
اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين لم يجز
عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف
لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض احكام
النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل في قسمها غيرها
وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على
العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري

عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان
يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن
المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية
فان طلق الحر احدى نسائه الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها
وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال رحمه الله فان تزوج حبلى من
زنى جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح
فاسد فان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع في
الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات
بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء
ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان
زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها
من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد
بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال رحمه الله ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز
النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها من غير استبراء
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل
الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء وله ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر
بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني
فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم
يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا
من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ
باجماع الصحابة وابن عباس صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل
مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق
بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد
وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة احداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل له
نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع
لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل عند
ابي حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسألة الاصل ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها

واقامت

واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا
عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الاخير وهو قول محمد لا يسعه ان
يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم
عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف
على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء
على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك
المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا
عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي
وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا
لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل
باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة
ولهذا كان لها التصرف في مالها ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج
كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي حق الاعتراض
في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع
ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي
له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها
بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور
عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب وصارت كالغلام وكالتصرف في المال
وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها واذا استأذنها
فسكتت او ضحكت فذلك اذن لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فان
سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا
عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط
والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت
لا يكون ردا قال رحمه الله واذا فعل ذلك غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا
حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو
وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير حق الاولياء بخلاف ما اذا كان
المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به
المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح

صحيحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت
لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما و
لو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر واذا استوذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول
لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا
مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او جراحة او تعنيس او حيضة فهي في حكم
الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحي
لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة
والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها
كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره
حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا
قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت بل رددت فالقول قولها وقال زفر القول قوله
لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة
ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع
اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام
الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها
عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسياتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت او ثيبا والولي هو العصبة ومالك
يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك
ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب
ثبت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس
لان النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفؤ في كل زمان فاثبتنا
الولاية في حالة الصغر احرازا للكفؤ وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب
والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان
لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب
والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال
لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت
ولاية الالزام ووجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الراي لوجود
الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة

ولا ممارسة بحدوث الراي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما
تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات
في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما
الاب والجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما يعني الصغير والصغيرة لانهما كاملا الراي وافرا
الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير
الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء
فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد
ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
عسى والتدارك بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب يتناول الام و
القاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الراي لاحدهما ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير
فيشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهي تمكن الخلل
ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق
لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا
يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو
رضا وان لم تعلم فلها الخيار حتى تعلم فسكتت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من
التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة
الاحكام والدار دار علم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها
فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام
ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذا الجارية اذا دخل بها الزوج قبل
البلوغ اعتبارا بهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا
يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات
الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان السكوت في البكر رضا بخلاف
خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة
ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار
العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان
مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق
لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة
الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمه موقوف فيبطل
بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال رحمه الله ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون

لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض
الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان واما الكافر فيثبت له الانكاح على ولده الكافر
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه وتجري بينهما التوارث
ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة معناه عند عدم العصبات
وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف
في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن
نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق
بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة
القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية
الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب الولي
الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية
الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث
هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض
الى من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب
فلو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم يقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه
فنزل منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد
لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر
لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب
باستطلاع رايه وهو اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته واذا اجتمع في المجنونة ابوها
وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها لانه اوفر شفقة
من الابن وهو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب
الام مع بعض العصبات **فصل في الكفاءة** والكفاءة في النكاح معتبرة قال صلى الله عليه وسلم الا
لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين
عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان
الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء
ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع التفاخر به فقريش
بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء
لبعض بطن ببطن والعرب اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا

تعتبر

تعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة
كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون
بالخساسة فاما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له
اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام
لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف
ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي
بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه
معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال رحمه الله ويعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وهذا قول ابي
حنيفة وابي يوسف هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير
بضعة نسبه وقال محمد لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا يبتني عليه احكام الدنيا الا اذا كان
يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به و
يعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من
لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام
الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن
ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهر ويعد المرء
قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد حتى ان الفائقة
في اليسار لا يكافيها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون
بالفقر وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له لان المال غاد ورائح ويعتبر في الصنائع وهذا
عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا
ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف
الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول
من الخسيسة الى النفيسة منها قال رحمه الله واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر
مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس
لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله الرجوع اليه في النكاح بغير الولي
وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن
اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة ان الاولياء يفتخرون بغلاء
المهر ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به
واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته
جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز

الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط من مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفه ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربوا على المهر اما المالية فهو المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفه ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج ابنة عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة الشاهدين جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يصلح ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال رحمه الله وان تزوج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغوا ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال اخر اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك اذا كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه الخبر فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع وهو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف فصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة

وشطر

وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفه رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المعتاد وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

صح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة دراهم فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه قال رضي الله عنه وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى

الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير
مروي عن عائشة رضي الله عنها وابن مسعود رضي الله عنه وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها
وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو
قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هو لا يزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن
خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها
ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول
نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا تعيين للواجب
بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلي الفرض في العقد اذ هو
الفرض المتعارف قال وان زاد لها في المهر شيئا بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر
وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول
وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عنده يختص بالمفروض
في العقد وعندهما المفروض بعده كالمفروض فيه على ما عرف وان حطت عنه من مهرها
صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك
مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي لها نصف المهر لان المقصود هو البضع
لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث
رفعت الموانع وذلك في وسعها فيتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان
احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست
بخلوة صحيحة حتى لو طلقها فلها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع
الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم
رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك
والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح
له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور
كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا
خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز
من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة ان المستحق عليها
التسليم في حق السحق وقد اتت به قال رحمه الله وعليها العدة في جميع هذه المسائل
احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق
الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع اذا
كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر

لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال رحمه الله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي
التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها
وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر بطريق
المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر
المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف
لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في
الايحاش فلا تلحقه الغرامة فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل ابنته او اخته ليكون
احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي بطل العقدان لانه جعل
نصف البضع صداقا والنصف منكوحا ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب
لنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة
بدون الاستحقاق وان تزوج حر على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها
مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على
خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان
ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما
اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الغنم لنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم
ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك
الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف
خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث
يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجية
فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه
عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة
وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار
كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر
تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الالف فقبضتها ووهبتها
له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه
لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او
موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس ان يرجع عليها بنصف الصداق
وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان

انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر فلا يبالي باختلاف
السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره
او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند
ابي حنيفة وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط
فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف
الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد
في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من
النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف
المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول
بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب
فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة
نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما
اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان
او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة
قد تحملت في النكاح فاذا تعين يصير كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف
على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه
صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه
سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية
مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها
الالف وان اخرجها فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الالفين وهذا عند ابي حنيفة
وقالا الشرطان جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر
الشرطان فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة
في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها
ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر المثل اقل من اوكسهما
فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله
اجماعا لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل
متيقن به فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو
الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع و

الاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب
في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب
لاعترافه بالزيادة وان تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رحمه الله معنى هذه المسئلة
ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار واما اذا لم يسم
بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي يجب مهر المثل
في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل
واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا
يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية
للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما
بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه
على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف
الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها
على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان
هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس شتى ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح
التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها
ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون
وصفه فان سمى جنسه وصفته لا يتخير لان الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا
صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر
شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة
لكن لم يصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج
امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر المثل عند ابي حنيفة وقالا لها مثل
وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله
ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة يقول
لما اجتمعت الاشارة والتسمية تعتبر الاشارة لكونها ابلغ وهو التعريف فكانه
تزوج على خمر او حر ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق
العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان

كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انه يعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر المثل اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا يقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال رحمه الله ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها لقول ابن مسعود لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف البلد والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف باختلاف البكارة والثيوبة

واذا ضمن

واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في المطالبة تطالب زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال رحمه الله وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس اتفاقا وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها الى غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال رحمه الله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قولها الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل فان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد

لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب
اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر هٰهنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله
في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو
قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه
وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد
تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور
في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا
اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها
الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين
تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني
تقبل بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب
الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفون في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر
المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل
عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما
وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه
كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما
في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثني القليل وعند محمد الجواب
فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره
والحاصل انه لا يحكم مهر المثل عنده بعد موتهما واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان
ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا
لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول
فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا
فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى
فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر
من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج
هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر
انه يسعى في اسقاط الواجب قال رحمه الله الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها
والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول
قوله لما بينا وقيل ما يجب من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان

الظاهر

الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك
في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذا الحربيان
في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر
المثل ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لهم
لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا
الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام
الشرع والاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا
فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل
الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام
بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون
فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا لانه مستثنى عن عقودهم
لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي
المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف قال
فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا
باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل
وهذا كله عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين
وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد
وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا
مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هٰهنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا
انه امتنع التسليم للاسلام فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك
في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها
وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين
فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذر القبض
في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر
لانه من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون
الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب
نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن
مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب

فيهما فلا يملكانه بغير اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي
في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده لانه من باب الاكتساب
وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام
الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه
لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور
الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر
والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء
الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه
فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد
ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد وهو ادنى فكان الحمل عليه اولى
وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح
فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه
يباع في المهر عند ابي حنيفة وقالا لا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم
الجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف
والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض
المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض
المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود
الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة **قال رحمه الله** ومن زوج عبدا مأذونا له
امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه
ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر والنكاح لا يلاقي حق الغرماء لا بطال مقصود
الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض
المديون اذا تزوج امرأة بمهر مثلها اسوة للغرماء **قال رحمه الله** ومن زوج امته فليس عليه
ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق
المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا
فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق
باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح **قال رحمه الله** ذكر تزويج المولى عبده
وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي
لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد

داخل

داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك
تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه
اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما **قال رحمه الله**
ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها
اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل
قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب
القصاص والدية فكذا في حق المهر فان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا
لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير
معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق
الدنيا حتى يجب الكفارة عليه **قال رحمه الله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند
ابي حنيفة وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها لان الوطء حقها حتى يثبت لها ولاية المطالبة
وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها
وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة
فان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله صلى الله عليه وسلم
لبريرة رضي الله عنها حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم
الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند
العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع اصل النكاح دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة
يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها
وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد
الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير
اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا
خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت
تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى
منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانها استوفت منافع مملوكة لها والمراد
بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب
المسمى ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد اتحذ باستناد النفاذ فلا يوجب
الا مهرا واحدا **قال رحمه الله** ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته
للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك

الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة
الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين
ان الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد
كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة قال رحمه الله ولو كان زوجها اباه
فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي
لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه
وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه سقط الحد للشبهة
واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها
ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه قال رحمه الله
واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله
لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن
عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق
فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك
بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره
بالاعتاق عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح
للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط
اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها
القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي
وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا
عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام
والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي
الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم
اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة
مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع
الاختلافات ولابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى
ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا

صح النكاح

صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة
لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق
بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرناه في العدة ووجب
التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء
النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة
احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه
اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى
ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا
كافرة ولا مرتدة لانه مستحق القتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه
فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة
الزوج يشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان
احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا اذا اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما
باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد
كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي
يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه
الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة
ومحمد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان
ابت فرق القاضي بينهما ولم يكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون طلاقا
في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم
وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع
بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق ولنا
ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح
سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه
قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا
كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته
عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست
باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباها فلها المهر ان كان
قد دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد
فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم

الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان
الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا
للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول
بها وغير المدخول بها وعند الشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة
والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
وسيأتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما
ابتداء فلان يبقى اولى قال رحمه الله واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب
مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة
وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا
دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة
كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي يقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع
النكاح ولهذا يسقط الدين عن المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح
فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار
كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم
يتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج
ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول
في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا
لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى
تضع حملها وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها
كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب
يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا قال رحمه الله واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام
وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ان كانت
الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر
على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف
فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف
بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كمال المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل
وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل فلا مهر لها ولا نفقة
لان الفرقة من قبلها قال واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا

وقال زفر

وقال زفر رحمه الله يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي
ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الانكحة والارتداد
منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر
على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل
امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احداهما بكرا و
الاخرى ثيبا لقول النبي صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان ومال الى احداهما في القسم جاء
يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في
القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذه قسمتي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني زيادة
المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق
النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق
هو التسوية دون طريقها والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط
وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد
الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال رحمه الله ولا حق لهن في القسم
حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها
وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع
بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا
لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا
له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك
قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سالت رسول الله ان يراجعها
وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد
فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل
في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم الاية وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة
وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشو العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل
الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين
ان شاء الله تعالى ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول
الشافعي وقال زفر ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال فلا بد من الزيادة

على الحولين لما تلونا فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها
ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية
ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب
للدينين ثم قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات
باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها
مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول
على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب قال رحمه الله واذا مضت
مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة
باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح
الارضاع بعد المدة قيل لا يباح لان الاباحة ضرورية لكونه جزء الآدمي قال رحمه الله
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز
ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه
ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز
ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه
ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى
ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي
لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة
بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف الحرمة احتياطا
ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من
النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان
يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو
الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت
لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها
عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب
الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب
غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به
التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم

قال رضي الله عنه

قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما
ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل
واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده
هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل واذا اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به
التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن
الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين
تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا
للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس
فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان
واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص
ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق
به التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها
وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة
الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر
في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا
واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم
وجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء
اما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى
واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا فلم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به
التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة
فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا
وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها
قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان
فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة
ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته
وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على
شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان
الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد
النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ترى ان نصف المهر يجب

بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرط ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي
كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد اما اذا لم
تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع او الهلاك عن الصغيرة دون
الافساد لا يكون متعدية لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا يكون
متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لرفع الحكم ولا تقبل في الرضاع
شهادة النساء المنفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك
يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع
فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة
لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلاثة
اقسام حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة
حتى تنقضي العدة فان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد
من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في عدم الكراهة والحسن هو طلاق السنة
وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة
لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمران من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فتطلقها
في كل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان
تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع
الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها
ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا
بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وصار عاصيا و
قال الشافعي كل الطلاق مباح لانه تصرف شرعي حتى يستفاد الحكم به والمشروعية لا تجامع
الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل
في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة
للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الاطهار
ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية
في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا ينافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع

الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في
الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة
وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين
سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير
المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان
يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في
زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض زمان النفرة
وبالجماع مرة في الطهر يفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض
خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل
بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها يتجدد بالطهر فاذا كانت المرأة لا
تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر
طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق
الحيض خاصة حتى يتقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان
الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق
وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان
بالاهلة وهي مسئلة الاجارات ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها
بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع يفتر الرغبة وانما
يتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهة في ذوات الحيض باعتباره لان
عند ذلك يشتبه جهة العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكرنا
لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان
الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه
لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه
غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة
ثلاثا يفصل بين تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق
على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها لهما
ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه
زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف

المبتدأ طهر ما لان العلم في حقها بالطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل واذا طلق
الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا
ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها
وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول
بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بقدر الممكن
برفع اثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة **قال رحمه الله** واذا طهرت وحاضت
ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي
انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في
الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل
ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق
قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه
ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية
له وهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه
وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت
في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهو ضد السنة ولنا
انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق
كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد
شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما
بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق
للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجملة فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من
حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع
بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث **فصل** ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا
بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق
الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف
الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في
منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف
الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك
غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو

احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء
ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله
بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت
معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب
ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان
زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق
بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية
في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان و
عدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة
لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة
وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه
دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين
صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان
هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص
وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا
اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق
عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع
القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل
للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه
عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع به
ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح
قران العدد به ويكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث
طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو
تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته
جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا
فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث
ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق
فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان

المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق و
على هذا لو قال انت طالق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج الى النية ويكون رجعيا لما بينا
انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة
لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح فيه نية الثنتين
فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها
ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية
الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد و
هذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى
بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقول
الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكأنه قال انت طالق وطالق
فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة
وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة
او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك
لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير
رقبة وقال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج
على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه يعني نفسه ومن هذا
القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا
شايعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الشايع محل لسائر التصرفات كالبيع
وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة
ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف
في كل جزء معين لا يعبر عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله
يكون محلا لحكم النكاح فكذا يكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل
كما في الجزء الشايع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر
الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق
الى غير محله فيلغو كما اذا اضاف الى ريقها او ظفرها لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد
لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشايع
لانه محل للنكاح وعندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر
والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها كانت طالقا بتطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى

وان نوى قدرها او قدر حصن لا يقع وان لم يرد شيئا ينصرف الى الاول ... فانه لو نوى جميع ... يطلق عليه اسم ... كفاية

كذكر الكل فكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف
تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف تطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف
يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلث انصاف تطليقة قيل يقع
تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف
يتكامل في نفسها فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة
الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي
ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو
القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من
هذا الحايط الى هذا الحايط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في
العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله
ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين
او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق
الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع
ولو نوى واحدة ويدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو
قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي
واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان
عمل الضرب اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب
تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف
يجمع الى المظروف ولو كانت غير مدخول بها كانت واحدة كما في قوله واحدة وثنتين
وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي
في عبادي وادخلي جنتي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا
فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي اثنتان
وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان تكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث
وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بينا ولو قال انت طالق من هنا الى الشام
فهي واحدة تملك الرجعة وقال زفر هي باينة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا
لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة
او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان
الطلاق لا يختص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة

لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة
وان نوى ان مرضت لم يدين في القضاء ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق
حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال انت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة
بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه
نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا
او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني
في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة
والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو
قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف
في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في
للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم
فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف
قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد
نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا
الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده
الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان
اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج
فلو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا
ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق
قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا
صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد
وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان
وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله

ان لم اب

ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك لم تطلق
حتى يموت عند ابي حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس
كورت وقال قائلهم شعر واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس
يدعى جندب * فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا
يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة انه يستعمل في الشرط
ايضا قال قائلهم شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل *
فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط
يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الاختلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا
نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال
انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به
والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد
زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان
ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر
الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من
ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم اتزوجك
فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن
بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا
يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار وبينا دل البياض خاصة هو اللغة

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين او
عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى
لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا
الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة
والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة
عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا
سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه
لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها ولو
قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير

من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية وذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذلك العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري فلا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق متعلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرناه من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى

حسن علم

حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا الحديث فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرناه وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال انت

طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في
حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة
لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف
يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها واذا قال لها انت طالق اشد الطلاق
او كالالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة
وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي يحتمله وانما يصح نية الثلث لذكره
المصدر واما الثاني فلانه يراد به التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هذا الف رجل
ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلاث
عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت
طالق كعدد الالف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد
يملأ لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية تثبت الاقل ثم الاصل عند
ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم
يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون
بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما
ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس
يقع بائنا والا فهو رجعي قيل ان محمدا مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف رحمهم الله وبيانه
في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت
طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد
عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رحمه الله
انه تقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول
صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن **فصل في الطلاق
قبل الدخول** واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان
الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا
على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك مثل
ان يقول انت طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه
ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة
وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت
بالاولى ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه
قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات

مقرون بالعدد

المحل

المحل قبل الايقاع فيبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس
ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل
انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرن بها الكناية كان صفة للمذكور
اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وكانت القبلية نعتا لعمرو وان لم يقرن بها الكناية كان صفة
للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد
ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا
يقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال
انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف
الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان ايقاع الماضي ايقاع في الحال
ايضا فيقترنان فيقعان وكذا ان قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية
صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو
قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران
وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى
عنه لا محالة وفي المدخول بها ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى
ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت
عليها واحدة عند ابي حنيفة وقالا تقع ثنتان وان قال لها انت طالق واحدة
وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتان بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع
المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل
القران والترتيب وعلى اعتبار الاول يقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة
كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزوائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط
لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط
فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث
انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب الثاني وهو الكنايات
فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد
من التعيين او دلالته **قال رحمه الله** وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي
ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى
فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته
فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد
لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها

يحتمل ان يكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق
يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان يكون واحدة عنده او عند قومها ولما احتملت هذه
الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع بها الا واحدة لان قوله انت
طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا كان
اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي
نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام
لا يميزون بين وجوه الاعراب **قال رحمه الله** وبقية الكنايات ان نوى بها الطلاق
كانت واحدة باينة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة باينة
وهذا مثل قوله انت باين وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك
وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري
وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي واخرجي وقومي وابتغي الازواج
لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية **قال رحمه الله** الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق
فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله عنه
سوى بين هذه الالفاظ قال ولا يصدق في القضاء اذا كان في حال مذاكرة الطلاق
قالوا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا
وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا و
ردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضا
لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة
الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية باين
بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند
سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي
تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب
يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم
كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل
على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك و
خليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيه من احتمال معنى السب
ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع
بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد و
الطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا

الى المحل

الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة
الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست
بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين احدى نوعي البينونة دون الطلاق
وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع
البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا
لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت
بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه لانه يأمر امرأته في العادة
بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث
لانه نوى بالاولى طلاقا صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه
الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه
لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع
الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق
الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول
الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

اذا قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق
نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها
لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي
جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة
يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس
القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم
لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل
تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت
واحدة باينة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع
بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه
يتمكن من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم
ثم الواقع بها باين لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك بالباين
ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة
تتنوع فلا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت
فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح

تفسير المبهم آخر ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت قد اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشاهد الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد تقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك تقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن

ضرورة

ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما يصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تاخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا

كانت مختبئة فتربعت قال رحمه الله هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت
قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول
هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت
ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب
والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل
فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف
اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا يرى انه لا يقدر على
ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشية

ومن قال لامرأته طلقي نفسك
ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها
ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق
وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه
نية الثلث وينصرف الى الواحد عند عدمها ويكون الواحد رجعية لان المفوض
اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة
امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو
قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك
ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة
للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد
ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية
بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى اجزت لا يقع شيء الا
انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة
انه لا يقع بقولها ابنت نفسي شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق
وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال
لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وان قال
لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في
الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله
ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يقتصر
على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا
ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلق في المجلس خاصة وليس للزوج ان

يرجع

يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشيته
فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك
هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها
طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع
الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند
ابي حنيفة وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج
الفا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة لا مجيبة وهذا لان الزوج
ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد
لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم
الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت
بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة وطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت
رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك
الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة
وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك
واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية
لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل
دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها
الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء
لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط
ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة
لان مشية الثلث ليست مشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث
مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق
ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها
بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر
من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق
ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا
نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه
لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر
لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الاتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت

قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت
طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا
ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه
قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق
في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها
الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك
تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة
ان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك
وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة
بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق
ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء
لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم
الانفراد لا عموم الاجتماع فلا يملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث
واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر
على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب
اعتبار عمومه خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك
الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج
ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت
ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم
الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم يحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب
التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع
المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق
اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية
في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ان كلمة كيف للاستيصاف
يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه
وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان
للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت عن المجلس بطل وان ردت
الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال
وان قال طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين ولا

تطلق ثلثا

تطلق ثلثا عند ابي حنيفة وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من
قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي
من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به
ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية حتى لو قال من شئت
كانت على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق على النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك
فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق
قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك
في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو
قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري
وغيرهما رحمهم الله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت
الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت
الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه
الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور
باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال
لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف
ليس بمالك ولا اضافه الى ملك وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان
واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ
تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى
الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق
به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل
قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال رحمه الله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين
وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء
لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية
ومن ضرورة التعميم التكرار قال رحمه الله فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر و
تكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق
الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله
ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث في كل مرة وان
كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير

محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي الجزاء باقيا لبقاء محله
فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل
قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط
ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة
لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه
وان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت
فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان
والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة
في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في العدة والغشيان
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال ان كنت
تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان
كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت ولم يعتق العبد ولا
تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص
منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم
على الاصل وهو المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرات الدم لم يقع الطلاق
حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق
من حين حاضت لانه عرف بالامتداد انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو
قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها لان الحيضة بالهاء
هي الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر و
اذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان
اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم
يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت
طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى
ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه ثنتان وانقضت العدة لانها لو ولدت
غلاما اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال
انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها
بوضع الغلام ثم لا يقع شيء اخر به لما ذكرنا لانه حال الانقضاء فاذا في حال يقع
واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها
واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف

فانت طالق

فانت طالق ثلثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت
ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه
اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك
فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا
ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول
بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك
يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند
تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين
فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا اخر ودخل بها ثم عادت
الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
هي طالق بما بقي من الطلاق وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون
الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي
وستبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا وتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق
اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها
هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء
ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها
لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها
فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر
وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه وجب المهر في الاول
ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع
ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد
الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس و
المقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق
رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع
ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

اذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا به لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم

من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول **قال رحمه الله** وكذلك اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم يكن سؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقالا يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه

فانعدمت

فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في هذه الاحكام **قال رحمه الله** ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار لتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان تعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق في مجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او اذا صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد

فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا
لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من
فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع
وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها بد
منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لا بد لها منه
كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة لما لها في
الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار واما
اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث
لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد
من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث لان الزوج
الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال رحمه الله واذا طلقها
ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في
المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة
الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا
ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث
وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة
ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة
ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت
في حال قيام النكاح لانها اثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات
الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو
صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وان كان القذف في المرض
ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة
لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء
وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء في المرض ايضا ورثت لان الايلاء في معنى
تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت
وقد ذكرنا وجهه فيه قال رحمه الله والطلاق الذي تملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه
لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها
ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

قال واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك
او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة
استدامة الملك الا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه
لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة
ولا خلاف فيه بين الائمة قال رحمه الله او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها
بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة
بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة على ما بينا وسنقرره ان شاء الله
والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح و
هذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون
النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين و
الزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال رحمه الله
ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في
احد قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب
ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة النكاح والشهادة
ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط
كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها
مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع المرأة في المعصية واذا انقضت العدة
فقال قد كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه
اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها
عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح
واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند
ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر
وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع
الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء
واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة
بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند
ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه
للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم المراجعة يبتني على العدة والقول

في العدة قولها فكذا فيما بني عليهما ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده
في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في
ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر لقيام العدة عندها
عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى
لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به فاذا انقطع الدم من
الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة
ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة
فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون
العشرة يحتمل عود الدم فلا بد من ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم
من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في
حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة رحمه
وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال
عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته
ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات
وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة
ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر
حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان
عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من ذلك انقطعت قال رضي الله عنه وهذا
استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس
في ما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو
الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء
اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل
لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف ان ترك
المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله هو بمنزلة ما دون
العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او
ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون
منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا
اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك
متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان

فلان يثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت
بعده تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى
سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر
بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فلم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى
يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد
ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك
الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه
المدة فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك
بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام فان قال لها اذا ولدت
فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد
ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق
عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في
العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت
طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها
اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا
انه يجعل العلوق بوطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني
لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض
حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح
قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها
ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة
لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة
عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح
ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي
عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة
فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم
يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج و
قوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم
الوطي وقال الشافعي يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق
ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج

ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تحل للاول حتى تذوق من عسيلته روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب فقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال رحمه الله ووطي المولى لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج ولو تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشروط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بيناه ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يهدم

ما دون الثلث

ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينه في باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة وان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الكتاب وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى بشهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها

فانه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا
لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه
يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال رحمه الله ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة
او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة
لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربها عتق عبده وفيه خلاف
ابي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا
يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل
ذلك مانع فان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان
الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص
فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية
والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام
في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر عن يمينه
لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه المدة ضربت
اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع
او كانت رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل
اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء
وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا
انه اذا آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى
بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على
الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته
فان قال اردت به الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء
لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد
ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه
اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم
او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا و
سنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق
من غير نية بحكم العرف والله اعلم

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله
صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع
بالكناية بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم
لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا
لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه
شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها
كرهنا ان ياخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق
ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امراة ثابت بن قيس بن شماس
اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك
اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك
العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق
ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمراة
تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص
وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين
فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل
ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض
في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم
لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح
وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير
غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام
بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا
كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي
بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر ان شاء الله تعالى
وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه
الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا وجه الى ايجاب المال
قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم
اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في
يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال ولو قالت خالعني على ما في يدي
من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج

راضيا بالزوال الا بعوض ولا حاجة الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل
لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت
خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم
لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل
بدونه فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان
قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة
عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح و
اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث
بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض
ينقسم على المعوض والطلاق باين لوجوب المال وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها
واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة باينة بثلث
الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله
شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان لا تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة
واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف
الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع فيملك الرجعة ولو قال طلقي نفسك
ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا
ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت
ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت
طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك
ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله واما المعلق
بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك
الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة
ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف
اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان
قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها الا
بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال
بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على اني
بالخيار او على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز

اذا كان

اذا كان للمرأة وان ردت الخيار في الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف
وهذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم
لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من
الجانبين لانه من جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة
البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في
جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب
العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم
تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف
درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين
من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول
فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه **قال** والمبارأة كالخلع
كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة
لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان
المبارأة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح
لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع
الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق
كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها
لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف
النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح
المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق
في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بساير
الشروط فان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط
بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية
الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان
قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة
وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر
توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر فان قبل الاب عنها فعلى الروايتين
وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة

استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الالف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زايدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا عليه لنبهه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاع لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشايع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون اثابت ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا

او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لا يكون مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا يلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه حق من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال رحمه الله وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال وتجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفايت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفايت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان

فايت المنافع والذى يجن ويفيق يجزيه لان الاختلاف غير مانع ولا يجزى عتق المدبر
وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذى ادى
بعض المال لان الاعتاق يكون ببدل وعن ابى حنيفه انه يجزيه لقيام الرق
من كل وجه ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان
الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعى له انه استحق الحرية بجهة الكتابة
فاشبه المدبر ولنا ان الرق قايم من كل وجه على ما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب
عبد ما بقى عليه درهم والكتابة لا ينافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا انه
بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم
له الاكساب والاولاد لان العتق فى حق المحل بجهة الكتابة ادلان الفسخ ضرورى
لا يظهر فى حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها
وقال الشافعى لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة ياتيك فى كتاب الايمان
ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه لم يجز عند
ابى حنيفه ويجوز عندهما لانه تملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن
الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابى حنيفه ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان
ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز
لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع
كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن
على ملك الشريك وهذا على اصل ابى حنيفه اما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف
اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع
التى ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابى حنيفه لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط
الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق
النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته
صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام
التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال
ما اوجب الله تعالى والصوم فى هذه الايام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان
جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم
عند ابى حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا
يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا وفيما ذهبنا اليه تقديم

البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط فى الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون
خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر منها يوما بعذر او بغير
عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه فى
الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم
عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم
ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث اوس بن
الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم
لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكوة فان
اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد فان امر غيره
ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه
فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعى لا يجزيه
الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة ولا ينوب مناب
الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام فهو حقيقة فى التمكين من الطعم وفى الاباحة
ذلك كما فى التمليك اما الواجب فى الزكوة الايتاء وفى الصدقة الفطر الاداء وهما للتمليك
حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبى فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفى كاملا ولا بد من الادام فى
خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفى خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا
واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه فى يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود
سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد فى كل يوم فالدفع اليه فى اليوم الثانى كالدفع الى غيره و
هذا فى الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات
فقد قيل لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد فى يوم واحد بخلاف ما اذا
دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التى ظاهر منها فى خلال
الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط فى الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس
قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق والصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى فى غيره لا يعدم
المشروعية فى نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر
لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابى حنيفه وابى يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمودى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما
فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق فى الدفع ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو
وفى الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمودى يصلح كفارة واحدة لان نصف

الصاع ادنى المقادير وهو يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة
بخلاف ما اذا فرّق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت
عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا
صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية
معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن
ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وعن قتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه
عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات
كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف
العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية
التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة فيلغو وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس في الحكم
وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين
يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه
من التعيين

باب اللعان

واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من
اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف
فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم
يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة
باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف
وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا
من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها
لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى
ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن
شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش
الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط
طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن
او يكذب نفسه فيحد لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس فيه حتى يأتي بما عليه
او يكذب نفسه ليرتفع سبب الشين ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص
الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه

لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا
او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من
جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في
قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا
لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها
فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم و
بين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحرة والحرة تحت المملوك ولو
كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من
اهله قال رحمه الله وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات
يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في
الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين
فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين
فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر
في الكتاب ان لفظة الغائبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال رحمه الله
واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت
الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف
فيلزمه التسريح بالاحسان واذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول
ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد قوله كذبت عليها يا رسول الله ان
امسكتها هي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة
ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما
وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص
على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا
يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان
ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر
الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي
الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين

ثم ينفي القاضي نسب الولد فيلحقه بامه لما روى انه صلى الله عليه وسلم نفى ولد امرأة هلال بن امية
عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه
القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب
الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي للاقرار
بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع
بحكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء
اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان لانه لا يحد قاذفها
لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم
اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف
وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن شبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج
ليس حملك مني فلا حد ولا لعان بينهما وهذا قول ابي حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل
فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل واذا جاءت به لاقل من ستة
اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن
قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح
تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث
ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه صلى الله عليه وسلم نفى الولد
عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال
قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته
عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان
نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس
لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه
اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة
فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او
مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي
ذكرنا على الاصلين **قال رحمه الله** واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني
ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني
وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني
ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية
وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان
الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا
روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون
لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا
مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب
التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق
حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال
الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما يقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان قد
خلا بها لان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل
اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه
لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها و
ان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا ينظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور
كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان
مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل
العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء وان قلن هي بكر خيرت
لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل
خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله
مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان
حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وتحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان
لوجود ذلك في السنة ولا تحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة
عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون
والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم
فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ
فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل
واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر
بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب و
العنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت

الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق وهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عم وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجز فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله ابن مسعود رضي من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الخلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من

عدتها

عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس وهو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية عن الصوم في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال الآية ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما قال رحمه الله ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقام مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود هو التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة وان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت العدة لان سبب وجوب

وقال صاحب المحيط وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته في الاسناد او قالت لا ادري تجب العدة من وقت الاقرار فالواجب الجواب في حق النفقة والسكنى حتى يجب لها النفقة والسكنى اما في حق التزوج باختها او اربع سواها فتعتبر العدة من وقت الطلاق وقيل في حق التزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار ايضا وان صدقته في الاسناد ذكر في الاصل ان عليها العدة من وقت الطلاق واختار مشايخ بلخ رحمهم الله انه يجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولكن لا يجب لها النفقة العدة ومؤنة السكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه كافي

العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداؤها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطي هو السبب الموجب ولنا ان كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي وكذبها زوجها كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا ان حكمه لم يظهر حال قيام النكاح الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطي الاول وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب بعد وجوابه ما قلنا قال رحمه الله واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الزوج وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح

فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفا بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة

فلا تأسف لفوته ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لانه لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب قال رحمه الله ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الحداد لانها مخاطبة بحقوق الله فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة نكاح الفاسد حداد لانه ما فاتها نعمة النكاح ليظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في قول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها

هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها فطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد
فيه وقال صلى الله عليه وسلم التي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان
نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر
والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل
او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلث لا بد
من سترة بينهما وان ترك السترة لا بأس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا
يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان
يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان
ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت المرأة مع زوجها
الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر لانه ليس ههنا ابتداء الخروج معنى بل هو
بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها
ولي او لم يكن ولي معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان
اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج
قال الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج
ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس
بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة
ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة
امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس
للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير محرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها
فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها
فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل
منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حال النكاح والتصور ثابت بان
تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه
لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية
اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة
ولجواز انها تكون ممتدة الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها
لانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير
مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده ولا يصير مراجعا بالشك وان

جاءت به

جاءت به لاكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه
منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل
من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق
فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث
بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيه حرام قال رحمه الله الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان
وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر
لم يلزمه حتى ياتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب
منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت
الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فمضيها يحكم الشرع بالانقضاء
وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا
رجعيا فكذا الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في
اخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر من مدة الحمل وهو سنتان واذا كانت
الصغيرة اذا ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها
حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين و
قال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع
حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في
الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة
لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة
بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين
فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانه لم يعلم بطلان الاقرار لاحتمال الحدوث
بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه
عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون
هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقال ابو يوسف
ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة
وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح
ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة
الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر
الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت
معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو

ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق
النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا
قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم
باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل
من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون
منه فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف الزوج به او سكت
لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة ثبت بشهادة امراة واحدة
تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم و
اللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان
ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر
فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر
الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق
فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها
حجة في ذلك وقال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر
اليه ولانها لما قبلت على الولادة يقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة
انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر
في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث
وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة
ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال رحمه الله واكثر مدة الحمل سنتان
لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل المغزل
واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين
فبقي للحمل ستة اشهر وقال الشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه
والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم
اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم
يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه
الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا
كان الطلاق بائنا واحدا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب
الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف

العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل له بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد
فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت
ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت
انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر يجعل هذا جواب الاستحسان والقياس
ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد و
بالوطئ عن شبهة وبملك يمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة
فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك
وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية
باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة
قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه
انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق به واقدر
على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد
وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون متوافرون
والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن
ام فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن
فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس
ولانها اوفر شفقة للولد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب
لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت
خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام لان الحق من قبل
الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما ينزل الاخوات معناه
ترجح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء
سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا
فلا نظر قال رحمه الله الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا
كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها
بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من
اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب
في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا

عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده و
يستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني ويأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى
واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب
والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رحمه الله
قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد
الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة
لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي
الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود
بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال رحمه الله والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد
اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق
في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل
الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام
والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير لنا انه لقصور عقله يختار
من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا
واما الحديث قلنا قد قال صلى الله عليه وسلم اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه او يحمل
على ما اذا كان بالغا **فصل** واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها
ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه
التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير
الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في
الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان
لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه
ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث
فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله
اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا كان تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده
ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر
لا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب
وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك **باب**

النفقة النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا

سلمت

سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من
سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس
فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات
وهذه الدلايل لا فصل فيها فيستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال
وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان
كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات
وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته ووجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك
ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية
والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب
بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه
لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف
لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها
مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فايت
وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت
جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس
قايم والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع
الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح
ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده
كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها
المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة في
ماله لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست
المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان
كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها غاصب كرها فذهب بها وعن ابي يوسف
ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا
وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان
اقامة الفرض عذر ولكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه
ولو سافر معها الزوج يجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قايم لقيامه عليها وتجب
نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها

النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس
للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قايم فانه يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع
بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت يجب النفقة لتحقق التسليم
ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال رحمه الله
ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا
ذكر في بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها
واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح
الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه
كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم
ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة
الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما
قال محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة
امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف
فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا
ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي
فتستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد
وفايدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة
بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم
ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اختلاف اليسار والاعسار وما قضى به
تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها فاذا مضت مدة لم ينفق الزوج
عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت على
مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من
قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والقضاء
لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعدما
قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة
والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل
القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه و
ان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي

يوسف

يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف
الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت
فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انها صلة وقد اتصل بها القبض ولا
رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء
منها بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير
فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوجها
باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق
برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين
الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانها صلة وان تزوج الحر امة
فبواها مولاها منزلا فعليه النفقة والسكنى لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوها فلا نفقة لها
لعدم الاحتباس والتبوية ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية
سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية
احيانا من غير ان يستخدمها لا يسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة
وام الولد في هذا كالامة

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس
فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه
الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر
به لانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان
تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له ان يسكنه معها
لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع
والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه وله حق المنع من دخول
ملكه ولا يمنعهم النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له
في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان
الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما
من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة هو الصحيح واذا
غاب الزوج وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به
لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال
الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما
هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المراة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات

الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب
وكذلك اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا اذا كان المال
من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة اما اذا كان من خلاف جنسه
لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة
فانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فان كان يقضي على الحاضر لانه
يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال رحمه الله ويأخذ كفيلا بها
نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها وفرق
بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر
حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم
وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة
في مال غائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي
ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم
انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك
ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي
نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء
على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر
وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق فان اقامت
بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على انه
يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة اقاويل
مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل** واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها
رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي
فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي
عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم
سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له عليها وهي مترتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها
لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم
في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة
ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رض
رده عمر فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري اصدقت

ام كذبت احفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة
رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع
فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى
لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت
فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل
ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت
ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها
حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر فان طلقها
ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه
مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا
ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق **فصل**
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على
امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الارضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر
عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع
مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا
يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال رحمه الله ويستأجر الاب
من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت
ذلك لان الحجر لها وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع
مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال
عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر
عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في
رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق
بعض الاحكام ولو استأجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير
مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستأجرها على ارضاعه جاز لان النكاح قد زال بالكلية
وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة
الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق وكان نظر الصبي في الدفع اليها

وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار
والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها باكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على
ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق
ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه اما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء
الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت
النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل
ان نفقة الانسان من مال نفسه صغيرا كان او كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه
واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى
وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش
في نعمة الله ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات
ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء
بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب النفقة في ماله اولى من ايجابها
في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا
انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها
فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه وكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه
الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلمين وان كانوا مستامنين لانا نهينا
عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على
المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك
لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق
في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى
اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه
احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب
الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث
بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا
كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى
لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم
محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى
الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة

والعمى

والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه
يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على
الكسب **قال رحمه الله** وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص
على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق
قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن البالغ الزمن على ابويه اثلاثا على الاب
الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي
ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية
الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة الفطر
فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد
يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات
المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه
فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا
تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب
على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة
الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها
ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف
وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من
كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب
فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان
للابن الغائب مال قضي به نفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه
في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما
لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك
حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا يملكه الام في النفقة
ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا يرى ان للوصي ذلك فالاب
اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها
وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر
ولا في الحفظ بعد الكبر فاذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله
الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان

ان ياخذ منه بنفقته لانه جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم
يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق
وان كان له في يد اجنبي مال فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير
ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا
ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي
للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب
كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى
القاضي بها لانها تجب مع يسارها فلا يسقط لحصول الاستغناء فيما مضى الا ان ياذن القاضي
في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته
فلا يسقط بمضي المدة **فصل** وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله صلى الله عليه وسلم
في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما يلبسون ولا
تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى
المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية
لا تواجر مثلها اجبر القاضي على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما
وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا و
نفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق
فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان
وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب الاعتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى بكل
عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمراة الامة ليتحقق
مقابلة الاعضاء بالاعضاء **قال رحمه الله** العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق
لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا
ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل التصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت
وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود
الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح
لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او
قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه

لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان للاخبار فقد جعل انشاء
في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل
او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين في القضاء لانه نوى خلاف الظاهر
ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح فيه وهو استحضار المنادى بالوصف
المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته
تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان
مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا ازاد وقد لقبه
بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا
لو قال راسك حر او وجهك حر او رقبتك حر او بدنك حر او قال لامته فرجك حر
لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى
جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه وان اضافه الى جزء معين لا يعبر
به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق
وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل
انه اراد به لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما
مرادا الا بالنية **قال** وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا
رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية
السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك
لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف بخلاف طلقتك على ما نبين
ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد
وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف
قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا
فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسالة اذا كان
يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعده ثم ان لم يكن للعبد نسب
معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب
فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب
معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله
بحقيقته ووجه المجاز نذكره ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان
اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل
في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر

بمملوكه عادة وللعبد لنسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام
لحقيقة والاضافة الى العبد ينافي كونه معتِقاً فيتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح
وهكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاصل
مراداً التحق بالصريح وبالنداء بلفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء
بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي
قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل بها بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان
اكراماً محضاً ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان
بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف
المخصوص كما في قوله يا حر على ما بينا واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان
للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء
من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام
ويروى عن ابي حنيفة شاذاً انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق
لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بنيّ او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت
من غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه
عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك
قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة انه محال لحقيقته لكنه صحيح لمجازه لانه اخبار عن حريته
من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعاً او صلة للقرابة واطلاق
السبب وارادة المسبب مجاز في اللغة تجوزاً ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة
في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزاً عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه
لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين
حيث لم يجعل مجازاً عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سبباً لوجوب المال لان
القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف
حتى وجب على العاقلة في سنتين لا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس
بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتاً ولا حكماً فامكن جعله مجازاً عنه ولو قال هذا ابي او
امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو
على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة
وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازاً عن الموجب بخلاف الابوة
والبنوة لان لهما موجباً في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر

الرواية

الرواية وعن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال العبد هذا ابنتي فقد قيل
على الخلاف وقيل هو لا يعتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم
بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق او باين
او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وقال الشافعي يعتق وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح
والكناية على ما قاله مشايخهم له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك
اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت
مبطلاً له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام
تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ولهذا يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا
عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان
العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان
قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى
ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازاً عما هو
دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده
انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك
في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما
في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال
راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن

فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً او
غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس
او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال
ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك
قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثرة في الاصل والولاد ملغى
لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق
بينهما اذا كان المالك مسلماً او كافراً في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى
اخاه ومن يجري مجراه لا يكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض
عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقاً
لمقصود العقد وعن ابي حنيفة انه يكاتب على الاخ ايضاً وهو قولهما فلنا ان يمنع وهذا
بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل

ابطالا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبده لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال رحمه الله وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه

لا ازالة حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والقصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسألة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا يضمن وان كان فقيرا يسعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين فيتحقق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بيناه ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان ذلك بالاستسعاء

فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق
الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان
وفي حالة اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق
من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي
دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة
قد ملكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال
في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك
لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل
للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية
بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف
السالب لها في شخص واحد قال رحمه الله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه
بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة
وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق
نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من
استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او
مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في
احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار
الشريك فيتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي
عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد
ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كلا منهما تبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه
لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر
والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعي
السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما
موسرا والآخر معسرا يسعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما
يدعي صاحبه ليساره فكان مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع
ذلك عندهما لان كلا منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان
يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا
فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد فلا يدري ادخل ام لا
عتق النصف بينهما وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد

سعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما
اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا
بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع اليقين بسقوط النصف كيف يقضي
بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه
ونسيه ومات قبل البيان او التذكر ويتأتى التفريع فيه على ان يسار المعتق يمنع السعاية
او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق
واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء
وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان
ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان
عليه للآخر علم انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق
نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب
نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشترياه واحدهما قد حلف
بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق
وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه
فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء
لان شراء القريب اعتاق حتى تخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما
حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو
ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر
ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر
فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في
نصف لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق
يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه
وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا
عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر
ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق
وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا و
اصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه

فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين
فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه
على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به
بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه
للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون
الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا
وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن
ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مدبر مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من
رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة
المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت
لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء
بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا
المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب
شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد
بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر **قال رحمه الله** واذا كانت
جارية بين شريكين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر صاحبه فهي موقوفة يوما ويوما
تخدم المنكر عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون
حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار
كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة
ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت
ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة
فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ
عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار
بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت
ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن
نصف قيمتها ان كان موسرا لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما
وعلى هذا الاصل يبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع
بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط

تقومها

تقومها كما في المدبر الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذه آية التقوم غير
ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان
الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز
وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف
المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في
حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم
وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد
النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل
عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق
من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد كذلك الا في العبد الاخير فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه
وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا
منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين
الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف
المستحق بالثاني في نصيبه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون
له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل
لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد يقول
لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت فقد اصاب الثابت منه الربع وكذلك يصيب
الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت
لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه
النصف **قال رحمه الله** فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان
يجمع بين سهام العتق وهو سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة
الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام
العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل
سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون
فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى
في خمسة اسهم فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد يجعل كل
رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار

جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان في الطلاق واحد غير مدخول بها ومات الزوج
قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثانية ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا
قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعها
في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي
عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه
بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى
الموت والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد
احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق
وبشرط الخيار لاحدهما لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلناه والعرض على البيع ملحق به
في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه
احديكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما لما نبين ولو قال لامتيه احديكما حرة
ثم جامع احديهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا عتقت لان الوطء لا يحل الا في الملك
واحديهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق
كما في الطلاق وله ان الملك قايم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان
وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا فلهذا حل وطؤها على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل
قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله المنكر والوطء
يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل
على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون
الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة
فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام
عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فتعتق الام بالشرط والجارية
لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط
فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف الآخر اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون
عبدا فان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله
مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتق الام والجارية لان
دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقا ولو
كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون
الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر
في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة ثبت

عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل
الغير وبهذا القدر يعرف على ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال رحمه الله** واذا شهد رجلان
على رجل انه اعتق احد عبديه وهو ينكر فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية
استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان
يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك ويؤمر على ان يوقع العتق
على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا يقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة
وعندهما والشهادة على عتق الامة وطلاق منكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
والمسئلة معروفة فاذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى
من المجهول لا يتحقق فلا يقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم
الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو
شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة وان لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا
يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده
على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدوا في صحته على انه اعتق
احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في
صحته او في مرض موته واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان
التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية
انما الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت
فيهما فصار كل واحد منهما خصما معينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قيل
لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا
ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط الفعل
وعوض بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف
عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا **قال رحمه الله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق
لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء
تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه
بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق
وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل يوم اليمين
احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ
يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه

واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفرداً قال رضي الله عنه وفائدة
التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر
بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف لان قوله
املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وفي
الاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال
مضافاً الى بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي
حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر
وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف
ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ
حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار مدبراً هو دون الآخر ولهما
ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة
الراهنة الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان
من يولد له بعد ما والايجاب انما يصح مضافاً الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب
العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه ومن
حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المرتقبة وهي حالة الموت وقبل
الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك
لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق
وليس فيه ايصاء والحالة محض الاستقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال
لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل قال

ومن عتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف
درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة
ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حراً وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة
به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد
والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق
والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره
جهالة الوصف لانها يسيرة قال رحمه الله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذوناً و
ذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند
الاداء من غير ان يصير مكاتباً لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى

المعاوضة في الانتهاء على ما نبين وانما صار مأذوناً لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء
منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذناً له دلالة وان احضر المال اجبره
الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضاً
بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق
العتق بالشرط لفظاً ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة
شروط الايمان لانه لا استحقاق له قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة و
البدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظراً الى اللفظ ومعاوضة نظراً الى المقصود
لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال
بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً
فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه
بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه
معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعاً للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على
القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى
البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض
وادى الباقي ثم لو ادى الفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها
ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله
ان اديت الي يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل
للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت
لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غداً على الف درهم بخلاف
ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير
في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد
الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال رحمه الله ومن
اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه
من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق
فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ويلزمه خدمة
اربع سنين لانه يصلح عوضاً فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلاف
فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت
الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي

موقوفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل فلا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث تجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم نذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانها اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك

قال رحمه الله وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانها تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان

على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر على ذلك نقل اجماع الصحابة وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهي حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت من الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفي الولد لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن

ابي حنيفة وفيه روايتان اخراوان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهى وان
زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان
ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح
فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه
ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من
جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان
لا يبعن في دين وان لا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فيتقدم على حق
الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية
عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند
ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية
وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى
الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك
بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها
مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على
الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى
في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن
متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء
يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته
لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره
بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين
ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت
برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار
علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية
على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل منهما كملا
وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى
الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه
من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبة الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية
ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه

عقرها

عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن
قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء
الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد
كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع
للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت
النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى
وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما
وعند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولد ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها
لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لانه وطئ جارية
مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا
استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه
ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك
الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي يرجع الى قول
القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا
بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة ولنا كتاب عمر رضي الله عنه
الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا
في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام
متجزية فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان
ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للاخر او كان مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح
في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام
فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم
فسر به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها
ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الاخر ويرث الابن
من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر
تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك
التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه

عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال رحمه الله وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلاثة اضرب يمين غموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدإ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الاية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال رحمه الله والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منها كفر قال رحمه الله والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض ليكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله تعالى او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل وان قال ان فعلت كذا فعلي

غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير
متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل
ربا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة اسم الله ولانه
ليس بمتعارف **فصل في كفارة اليمين** وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها
ما يجزئ في الظهار وان شاء كسى عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز
فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى
فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب فيه احد الاشياء الثلثة
قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير
لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور
في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه ما يستر
عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن
الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي
يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر
الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض
ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه
او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على
يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت
البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال
كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر
لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما و
عليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة و
قد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه
قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعني من الاستباحة المذكورة لان التحريم
اذا ثبت يتناول كل جزء منه ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو
التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل
مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف
فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم

واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب رواية
الكتاب ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا
ينبغي في قوله حلال بروي حرام لانه للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم
بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا
مطلقا فعليه الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق
النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان
المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول
محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه
معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما
اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل
هو الصحيح قال رحمه الله ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه
لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فقد بر في يمينه
الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين **باب
اليمين في الدخول والسكنى** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل
الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع
ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون
على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه
يبات فيه عادة وان دخل صفة يحنث لانه يبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات
فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت
صفافهم وقيل هذا الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا
خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت
صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار خربة
وقد شهدت اشعار العرب والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي
الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا
ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخل لم
يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخلها بعد انهدام الحمام
واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد
ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت

الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقد قيل في عرفنا لا يحنث وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث انه اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث في القعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان للدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال رحمه الله ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف لياتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث فلا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى اذن لك ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لا يحنث وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لم يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه

يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب قال

ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج عنه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا وصار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي الى اليمين في الشرع ولو حلف لا يأكل هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كان اليمين على الشراء ولان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادف شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات الشعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن ووجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او آدمي يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا يرى انه ينشأ من الدم ويستعمل

استعماله

استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم بيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري او لا يأكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى ويؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الجبر حنث ايضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد في المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لم يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فينصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقالا على رؤس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان وكان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث فان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حنث في الرطب والعنب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم

بغيرها وابو حنيفة يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشوى ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا هو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهو الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز يكون موافقا له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية بالاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام بالاجماع وهو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى صلوة الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يحصل به الشبع عادة ويعتبر عادة كل بلد في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر فقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا ومن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما يعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا

للبر

للبر على وجه يظهر في حق الخلف هو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كان اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في جزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر ويبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا يرى ان الملائكة يصعدونه وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلا ينعقد اليمين

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو اعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق فانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر ولو حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر يتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر والتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته يحنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه

لا يسمى متكلما بل قاريا او مسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم فلم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها وتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار

كما اذا

كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر

فصل ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان الدهر يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة رحمه الله توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلاث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عنده وقالا على الايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت

ولذا احيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه حر فاشترى
عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم
لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فان قال اول عبد اشتريه
وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث
سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان
الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد
لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة ويعتبر من جميع المال وقالا يعتق
يوم مات حتى يعتبر من ثلث المال لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك
يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف
فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات
الثلاث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة
فلان فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه
ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها
تحققت من الكل وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه
لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرط وان اشترى اباه ينوي
عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط
العتق فاما العلة هي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة وبينهما منافاة
ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا ان يجده
مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه
فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها
بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط
ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل
وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه عنها
اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته
النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين
انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول
كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول
التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان
طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة

صحة التسري

صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق
انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها
وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات
اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم
رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه
ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية
ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين
لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة
لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا
اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل به من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد
من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد
ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه
تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده
ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير
ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال
عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله
ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك
له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو
مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت به ان لا الي ذلك بنفسي
دين في القضاء بخلاف ما مر من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم
بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى
التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل
حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى
الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم
يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب
فعله الى الآمر بخلاف الآمر بضرب العبد لان منفعة الائتمار عائدة الى الآمر بامره
فيضاف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف

عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي
اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما
اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره
علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص
وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا
العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان
الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق
بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم
ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأتي كذا فاعتق او دبر طلقت لان الشرط قد تحقق وهو
عدم البيع لفوات محلية البيع واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة
لي طالق طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف انها لا تطلق لانه اخرجه
جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر
عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتداء وقد يكون غرضه ايحاشها حين
اعترضت فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة
لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة
ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة
واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس
تعارفوا ايجاب الحج او العمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت
ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء اراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي
الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير
متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة
ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد
الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام
الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا
ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام

بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق لان هذه
شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا
انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن
حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم
هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة
ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح
في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع
حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم ووجه الاستحسان ان
الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم لانه
ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصلي
ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان
لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة
وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به
بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك
ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون
من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن
مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم
فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم
وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ
غير مرصع لم يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه
لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه
وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه
لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على
الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال
بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على
سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك
بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فيقطع النسبة عنه

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال لآخر ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات حنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم به لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم وهو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دون الشهر يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او ستوقة او نبهرجة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه فقد بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ولو حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبضه في وزنتين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء عن جميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل شتى

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي واذا حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوات محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمه بكل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فايدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشري يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير ايضا لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهرة ليست باصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال رحمه الله الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال صلى الله عليه وسلم للذي قذف امرأته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربع يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا ومتى زنا وعن زنا لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا رضي الله عنه عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنا في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا

قوله وفي البنفسج قاض عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به دهنه في العرف فيحمل العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف كفاية

المسلمين عن الفساد وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم كفاية

لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلا للثواب فلا يحصل به الطهارة فان تاب كان الحد طهرة له وان لم يتب لا يكون طهرة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم كفاية

وعلم القاضي ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضوان الله عليهم وان كان القياس يقتضي اعتباره لان علمه فوق البينة والاقرار كفاية

للدرء لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة
وتعديل السر والعلانية نبينه في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه
حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف
الديون حيث لا يحبس فيه قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال رحمه الله والاقرار
ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما
اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب
للحد واشتراط الاربعة مذهبنا وعند الشافعي يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر
الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في
الشهادة ولنا حديث ماعز رض فانه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه
اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر بما دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة
اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد
من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق
شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي
والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي
عن ابي حنيفة لانه صلى الله عليه وسلم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال رحمه الله
فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا وبمن زنا فاذا بين
ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر
السؤال عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار
وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في
وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه لانه وجب
الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص
وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة
في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك
ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت
لقوله صلى الله عليه وسلم لماعز لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام
لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحدود واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى
يموت لانه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد
احصان وعلى هذا اجماع الصحابة قال ويخرج الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم

الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على اداء الشهادة ثم
يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي لا تشترط
بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل واحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق
ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع
وكذلك اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام
ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل
الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز
اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عم
على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي
في غيره معمولا به قال رحمه الله يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان
عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء
الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه
دون الازار لان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال
الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة
فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف
والحد زاجر لا متلف قال رحمه الله الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله صلى الله عليه وسلم للذي
امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس
وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك
اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب
سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه
قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك
فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب
الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام
ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا و
قيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك
كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص
للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى

التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا تنزع عن ثيابها الا
الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب
والستر حاصل بدونهما فينزعان فتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم
جاز لانه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي لشراحة الهمدانية وان ترك
لا يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر
ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز رضه ولان مبنى الاقامة على التشهير
في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى على عبده الحد الا باذن الامام وقال
الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرفات فيه ما لا يملكه
الامام فصار كالتعزير ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان
الحد حق الله تعالى لان المقصود منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط
العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه
حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا
بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل
والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية
بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم
وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد
باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح
ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد
اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي رحمه الله
يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم
من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل و
شرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة
او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة
مسلمة بالغة عاقلة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب
في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذارا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف
في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله صلى الله عليه وسلم
لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال رحمه الله
ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع ولان الجلد يعري

عن المقصود

عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل
بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله صلى الله عليه وسلم
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا
قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور
ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء
فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه
كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة
ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى في ذلك مصلحة فيغربه على
قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه
الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده الرجم
رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى
يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت
الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان
حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع
مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن
ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في
التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية بعد ما
وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة
كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطئ الذي يوجب الحد وما لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة
في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري
عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم
الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة
فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا فلا بد
من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث
والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان
الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه

فلم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة
ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام الولد اذا اعتقها مولاها
وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية
كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع
لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة
في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في
حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره
والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان
قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه
وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك
اذا عرفنا هذا قال رحمه الله ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي
حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب
بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو
قال ظننت انها تحل لي فلا حد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب
والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة
على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة
ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة
وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه فمن مذهب عمر رضه انها تطليقة
رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان
الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله صلى الله عليه انت ومالك لابيك والابوة
قائمة في حق الجد قال رحمه الله ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ
جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد ولا على قاذفه وان قال
علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا
في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يحد وكذا
اذا قالت الجارية ظننت انه تحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد ومن
وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما و
كذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها
زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد

دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في
اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم
حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها حد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن
مستندا الى الدليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا
اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية فقالت انا زوجتك
فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا تحل له نكاحها فوطئها لم يجب الحد عند ابي حنيفة
ولكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان
عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل
التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد
صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة
للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة
حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب
جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس
فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند
ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو
احد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل
والمفعول به ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء
الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس
بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان
مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه
الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من
الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا
ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع
السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر
لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق بالنار فذلك لقطع التحدث به وليس
بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند
الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيها
فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة

ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى من عسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنا بذمية او زنا ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا قوله الآخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم والذمي به وانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد ولانه لما طمع الانصاف يلتزم الانصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا محض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب الامتناع في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنا المكره بالمطاوعة عنده تحد المطاوعة وعند محمد لا تحد **قال رحمه الله** واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنية بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية باسم المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ماثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد **قال رحمه الله** ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك ويتحقق

غيره

من غيره وله انه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان وبجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه **قال رحمه الله** ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هو تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة **قال رحمه الله** وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير اذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او زنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير فيها لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه وحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه

من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد
ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف
حد السرقة لان الدعوى فيه ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما تشترط
للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة
تقام على الاسرار على غرة من المالك ويجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير آثما فاسقا
ولان التهمة يتحقق في الدعوى لانه مخير بين الستر ودعوى مطلق الاخذ وبين ان يحتسب
بدعوى السرقة واقامة الحد والتأخير للستر ثم الدعوى يكون لضغينة فتهم الى الدعوى
ودعوى الحسبة في حق الله تعالى تبطل بالتهمة فينعطف عليه بطلان الشهادة ثم التقادم
كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب
بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء
في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه
قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي
في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة و
ابي يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان
تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق الشبهة والتقادم في حد
الشرب كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي بيانه في
بابه ان شاء الله واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان
شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى
وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان
شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان
اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها
واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل
خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها
لان طواعيتها شرط تحقق الموجب ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان
الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما
بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك
وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا
لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب
الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة

والصيغة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد
كل اثنين على الزنى في زاوية وهذا استحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل
في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه
من في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بامرأة
بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهما
وعنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال
صدق كل فريق وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم لان الزنا
لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسألة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة
في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنها ولا يجب عليهم وان شهد اربعة
على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في القذف
فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا
من اهل اداء الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا
يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق
من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي
بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء
لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله
بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص
عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج
الشهادة عن القذف باربعة وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم
ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود
ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب فان رجم فديته على بيت المال وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه
اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون
عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز
عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع
وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل
للمسلمين فيجب الغرامة في بيت المال وهو مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة
ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا
الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في

في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة
على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء
الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا
بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة
اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد
على المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا
فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من بقي بشهادته
ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون
المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في كتاب الديات ان شاء الله تعالى
واما الحد فمذهب الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت
وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة
انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت
الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير
محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا
جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد يحد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت
بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء
فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد
منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان
كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون
فان كانوا خمسة فرجع احدهم لا شيء عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهو شهادة
الاربع فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي
من بقي بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف
وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين
عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وقيل هذا
اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا
على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية
فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط
ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية و
الاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا

ولا ضمان على الشهود لانهم لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا
حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب
رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية في ماله وفي القياس يجب القصاص لانه
قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث
شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم
معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد
والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا
عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية
في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم ياتمر امره واذا شهدوا على
رجل بالزنى وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة
فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد
ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبوت
النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم
يكن ولدت منه فشهد عليه بالاحصان رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله
ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية
تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا
للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل
لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما
ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان
العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به
المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه
بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت
ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا
بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون

لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجل وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتميز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به النص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا تعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة الشاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه شرط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل شهادة النساء فيه مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التميز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في

سایر

سایر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال رحمه الله يفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال الصدق فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم فعل الزنا منهما والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر وهو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة

ومعنى وكما وان غيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى
الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق
بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى
الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف
امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد
الوالد لولده ولا السيد لعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب
وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات
بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث
ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي
ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه يسمى حدا والمقصود
من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام
فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه
فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث
يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا
ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن
ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج
الاحكام والاول اظهر **قال رحمه الله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف
فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي
يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه بالاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي
لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة
والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج
امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله ابائك
ابرهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله والثاني لقوله صلى الله عليه وسلم الخال اب
والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة
من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة
مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب
بعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما

حق العبد بعد ما يحق العبد باعتبار حاجته وغنا الشرع ونحن صرنا الى تغليب ص

وذكر الجبل

يعين الصعود

يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل
قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي قلناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما
يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر
المذكور في الاول مذكورا فيه ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت
المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداية
بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا
فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه
قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها
ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل
هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها
فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي
بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل
اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل
التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده (وفيه خلاف ذكرناه في اللعان) في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا
واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني ولا
بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة
معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت
الولد فلا حد عليه لوجود امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة
نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا
قال رحمه الله ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط
الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب
الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا
فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة
فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع
او بالحديث المشهور ليكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه
وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها
لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب الحد عليها ولو قذف رجلا وطئ امته
وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي

موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زايل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطي امة وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة موبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل حربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يوذى فيكون ملتزما ان لا يوذي وموجب ايذائه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله ترد شهادته والاقل تابع للاكثر والاول اصح قال رحمه الله ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قايم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الاخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر

وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه فذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص عنه سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله ان ادناه على ما يراه الامام يعزره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال فان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال اشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يودي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي

في الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال رحمه الله اذا سرق البالغ العاقل
عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه
قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية
لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في
الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم
مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لهما ان القطع على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم و
الاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كان قيمة الدينار على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى
احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تايد ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او في عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة
عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروبة كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية
لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة دراهم اشارة الى ان
غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان
التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس قال رحمه الله ويجب القطع باقراره مرة
واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه
انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرناه في الزنا
ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار
بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة
وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب
المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال
ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن
كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما في الحدود ويحبسه الى ان
يسأل عن الشهود لتهمة قال رحمه الله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم يقطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل
واحد بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش
والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث

عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه اي
الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع
لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع
بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب
وانما يدخل للدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت
فيه وهو على تلك الصفة يورث الشبهة والحديث يتناولهما ويدخل في السمك المالح والطري
وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير
وعن ابي يوسف رحمه الله يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي
والحجة عليهما ما ذكرناه ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام
لا قطع في ثمر ولا في كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطعام
والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه
يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر و
لا كثر واذا اواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين
في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال رحمه الله ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع
الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها
الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال
ولا قطع في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله
يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله وعن ابي يوسف ايضا يقطع اذا
بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذ
يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد
والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربى
على النصاب ولا يقطع في ابواب المساجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه
يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه ولا الصليب
من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم
الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف ان كان الصليب
في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على
سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول
في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب
لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد

والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب
او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقّقها بحدّها الا اذا كان يعبّر عن نفسه لانه والبالغ سواء
في اعتبار يده وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم لانه آدمي من وجه
مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى
الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب
لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد ولا في سرقة كلب ولا فهد لان
من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب
فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة
لها وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل
لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام
ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها
ولا يوجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصار كالذهب
والفضة واذا اتخذ من الخشب اوان وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق
بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس
حتى يبسط غير محرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على
الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله
لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز **قال**
ولا منتهب ولا مختلس لانه مجاهر بفعله كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم لا قطع على مختلس ولا
منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي عليه القطع لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه لانه مال متقوم محرز بمثله فيقطع فيه
ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت
في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود
وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على
السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من
تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيّنا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة
وهو منهم **قال رحمه الله** ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق
منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحالّ والمؤجّل فيه سواء لان التأجيل لتأخير المطالبة
وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا
قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له

ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر
فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف
ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود
جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس
ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه
من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك
من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما
يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة
السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان
الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى
الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول
قال رحمه الله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع فرده ثم نسج فعاد
فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو آية التبدل في كل محل
واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي
رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني
للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة بخلاف الصديق لانه عاداه
بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيّناه في العتاق ولو سرق
من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع
اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امّه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع
لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها
عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة
واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلّما يشتهر فلا بسوطة تحرزا
عن موضع التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده
او من امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة فان
سرق احد الزوجين من حرز للآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
للبسوطة بينهما عادة ودلالة في الاموال وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى
من مكاتبه لا يقطع لان له حقا في اكسابه وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو
مأثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا **قال رحمه الله** والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور

والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نايم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نايما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النايم عند متاعه حافظا في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال رحمه الله

من سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن فيه للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الاخذ فان كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذه ان شاء الله وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب

للقطع

يقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق قال رحمه الله وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى بالمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع ولو امتنع القطع لادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت فادخل يده فيه فاخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السايق والقايد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نايم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نايم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قلنا من القول المختار

فصل في كيفية القطع واثباته قال

ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله

ابن مسعود رضه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن
به كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند فالحسم لقوله صلى الله عليه وسلم
فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم ادى الى التلف والحد زاجر لا متلف وان سرق ثانيا
قطعت رجله اليسرى وان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان و
يعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع
رجله اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية
بل فوقها فيكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا
ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها ولهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد
اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود
والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث
طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان السارق اشل اليد اليسرى
او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا ومشيا
وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذلك ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة
او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام وان كانت اصبع
واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا
في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش
واذا قال الحاكم للجلاد اقطع يمين هذا السارق في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء عليه
عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا
وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار
فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير
موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في
الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه تعمد الظلم فلا
يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة
ولابي حنيفة رحه انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره
ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الجلاد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده
عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد
لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة

قوله حتى يتوب والمدة التي تظهر فيها التوبة مفوض الى راي الامام وقال بعضهم يحبس سنة وقال بعضهم حتى يموت وقيل علامة توبته ان يظهر سيماء الصالحين في وجهه كفايه

روى ابو هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمنى كفايه

شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي رح في الاقرار
لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان
الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا
السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب
والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك
ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام
الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه
على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق
الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان
السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين
عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود
من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلا يعتبر ولا يعتبر شبهة موهومة
الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت
شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن
له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق
حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة
في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع
الاول او بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة
القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها قبل الارتفاع الى الحاكم
لم يقطع وعن ابي يوسف رحه انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر
ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة
وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها
فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في السرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا
سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية
عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين
قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع
الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده
واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل

لانه كالغاصب اذ لم يسقط تقوم المال لان سقوط ضرورة القطع ولم يوجد كافي

على المالك

فيه كلام وهو ان له حق الخصومة في الحفظ ... الحرز ... بالخصومة ... من حرزه ... السرقة ... تتعدى

القضاء **قال رحمه الله** وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفا بعد القضا
وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال
النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضا لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين
لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون
فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة
معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه
سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال
ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما
هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان
السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على
سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو
حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى
معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد
المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى المسروق منه وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول
زفر ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد
مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان
اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل
ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال
لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا و
نحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه
مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير
لمحمد ان في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى مال المولى
ولا قطع على العبد في سرقة يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة
فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل
بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق
القطع تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا
وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر
الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان

لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه
لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع
للقطع حتى يسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان
القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى
يقطع في الوجوه كلها لزوال المانع **قال رحمه الله** واذا قطع السارق والعين قائمة في يده
ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك
والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجب بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان سببا مما فلا يتمانعان فالقطع حق
الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك
صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد
ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت
الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل
لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما
حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه
فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور
ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان
لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة **قال رحمه الله** ومن سرق سرقات
فقطع لاحدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى
المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في
السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم
تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع
واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي
واذا استوفي فالمستوفي كل الواجب الا يرى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى
هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه
وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو
الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا
فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت
ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث

فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم بالذات للضمان اذا لا يصح البذل من واحد عن الكل قلنا بذل المال لسقوط عصمته امر شرعي ثبت بناء على استيفاء القطع لا باعتبار العبد الا ترى انه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالاب والوصي كفاية

وانما قلنا لان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ترك الثوب بالضمان ... نقصا وسبب الملك فان سبب الملك لو لم ينعقد لما وجب تغليب يكره من السارق كفاية

الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البايع مبيعًا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندًا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرًا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لا يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبًا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل لا يجب على قولهما لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبًا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قايما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قايم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة لا معنى الا يرى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قايم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حدًا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللايق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها

لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بجناية له ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفى الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيتخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال رحمه الله ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة بان يكون البعض ردءًا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش مما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع

صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة وله ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه للخلل في العصمة وهو يخصه اما الامتناع هنا للخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يوخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينها في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل ....

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه **قال رحمه الله** الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد فرض الى يوم القيمة اراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب

الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل **قال** وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا ولا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين **قال رحمه الله** واذا لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان وعمر رضه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله صلى الله عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فايدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى يقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن ولا يجوز ان نقاتل من لم يبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان ندعوه لقوله صلى الله عليه وسلم في وصية امراء الاجناد فادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل الصبيان والنسوان ويستحب ان ندعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي صلى الله عليه وسلم اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا يكون بدعوة **قال رحمه الله** فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء

الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه المدمر
على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصب عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الطائف وحرقوهم لانه صلى الله عليه وسلم احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا
شجرهم وافسدوا زرعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق
جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع
الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه
قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين
او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر
التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم
ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد مبني على اتلاف النفس
فيمتنع حذار الضمان قال رحمه الله ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين
اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق
ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض
المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح
لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان
لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض
والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة
واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه
يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة
والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المراة الا باذن
زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي
للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله صلى الله عليه وسلم لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا
والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة
العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا تقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا
فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا
لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا
في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين راى رسول الله صلى الله عليه وسلم

امراة

امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احد هؤلاء
ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة لتعدي ضرره الى العباد وكذا يقتل من قاتل من
هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل
فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله
بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال
افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان
ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد
الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر
الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يصالح
اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا
للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع
الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان
المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما
زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة
ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت
بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك
الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال صلى الله عليه وسلم في العهود
وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة
يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال رحمه الله
وان بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين
للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم
حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون
نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو
كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى ولو راى الامام موادعة اهل
الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال
فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل
والماخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا

لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ
بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز
تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده
لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم
لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك
لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز
اليهم لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم
على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة
لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب
الا انا عرفناه بالنص فانه صلى الله عليه وسلم امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

اذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد
من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم
ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان
منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا
يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح **قال رحمه الله** الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا
امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن
واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه
بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما يفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز
امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين **قال رحمه الله** ولا اسير ولا تاجر يدخل
عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران
عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون
بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز
امان العبد عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي
وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله صلى الله عليه وسلم امان العبد
امان رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون
له في القتال وبالمؤبد من الامان وهذا لان الايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع
لتحقق ازالة به والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في
مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول
ولابي حنيفة انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف

المأذون

الماذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى
على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ
بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضي به بالخطأ لما ذكرنا لمباشرته
القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه
مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح
كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار
ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه
ووضع عليهم وعلى اراضيهم الخراج كما فعل عمر بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم
يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين
والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول
المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لان
في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته
بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه
نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى
به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من عليهم
بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد
الكراهة **قال رحمه الله** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد
قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة
لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين
لما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم
على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة
بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى
بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله
لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة
لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم
كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة
بمال ياخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير لا باس به اذا كان
بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى

قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء اى فاما تمنون منا واما تفدون فداء والمعنى التخيير بعد الاسر بين ان تمنوا عليهم فتطلقوهم وبين ان تفادوهم
وحكم اسارى المشركين اما القتل واما الاسترقاق عند ابى حنيفة رضى الله عنه ويقول فى ذكر المن والفداء المذكورين فى الآية ان ذلك فى يوم بدر
ثم نسخ فان قيل هذا النص لا يخلو من ان يكون منسوخا او لم يكن فان كان منسوخا ينبغى ان لا يجوز الاحراز كما هو مذهبنا
وان لم يكن منسوخا ينبغى ان يجوز كما هو مذهب ... قيل انه غير منسوخ وتاويل المن المذكور فى النص اى فى اهل الكتاب فيمن عليهم بعد اسرهم
على ان يصيروا اكرة ... رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر او ذمة كما من عمر رضى الله عنه بالسواد كذا فى شرح التاويلات فروى عن محمد ان ذلك
كان فى عنده ... من الحرب لانه لا يجوز ... فلم يكن فى المن والفداء ابطال حق المسلمين

بمسلم اسير فى ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت به نفسه وهو مامون على اسلامه **قال رحمه الله**
ولا يجوز المن عليهم اى على الاسارى خلافا للشافعى فانه يقول من الرسول صلى الله عليه وسلم
على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه
بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما
رواه منسوخ بما تلوناه واذا اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها
الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعى رحمه الله يتركها
لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز
لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع
منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه وبخلاف
العقر لانه مثلة ويحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن فى موضع لا يطلع
عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام
وقال الشافعى لا باس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى كفاية المنتهى
سوفق الله تعالى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما فى الصيود ولا معنى
للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان
الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم فيه لقدرتهم على الاستنقاذ
ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام
لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهى كراهة تنزيه
عند محمد فانه قال على قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة فى دار
الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم فى دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل
البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة
قال رحمه الله والردء والمقاتل فى العسكر سواء لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة او
شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد
فى دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعى رحمه الله
بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة
عندنا بالاحراز او بقسمة الامام فى دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها
يتم الملك فينقطع شركة المدد **قال رحمه الله** ولا حق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة
الا ان يقاتلوا وقال الشافعى رحمه الله فى احد قوليه يسهم لهم لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن

شهد

شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد من الكل معنى بتكثير السواد ولنا انه لم يوجد المجاوزة على
قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه
او تاويله ان يشهدها على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم
ثم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها
قال رضى الله عنه هكذا ذكر فى المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فى
هذا ان الامام اذا وجد فى المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والحمول مالهم
وكذا اذا كان فى بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم
لا يجبرهم فى رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته فى
مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم فى رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام
بتحميل الضرر الخاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة فى دار الحرب لانه لا ملك قبلها
وفيه خلاف الشافعى وقد بيناه الاصل ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلا حق له
فى الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث
يجرى فى الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعى من مات
بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا باس
بان يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضى الله عنه ارسل
ولم يقيد بالحاجة وقد شرطها فى رواية ولم يشترطها فى الاخرى وجه الاولى انه مشترك فلا
يباح الانتفاع به الا للحاجة كما فى الثياب والدواب وجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم
فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه فى
دار الحرب لان الغازى لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها و
الميرة منقطعة فبقى على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل
الحاجة وقد تمس اليه فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل
السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت **قال رحمه الله** ويستعملوا الحطب
وفى بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك
ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له
سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على
الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله لا يتمولونه
اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه
احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع

وبرقه ٤

بها قبل القسمة من غير حاجة لاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى
الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى ولان لحوق
المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح
ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج
الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول
الحوائج قال رحمه الله ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام
ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في
يده لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين
عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على
الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة
لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في
الاسلام وكذا حملها في خلاف الثالث فهو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق
برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده
الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه
خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة
لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال
محمد لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير
قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام
فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام
الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض لعارض
شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست
يده حكمية فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا
يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى
يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى
الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا
ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز
فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار
في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم

فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار

ان كان

ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة
مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام
الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس ويقسم اربعة الاخماس بين
الغانمين لانه صلى الله عليه وسلم قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا
للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة امثال
الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رحمه ما روى ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه
فيرجع الى قوله عليه السلام وقد قال للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن
ابن عمر رض ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية
غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه
بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب
ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه
على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روي ان النبي عم
اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد
فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق
بفرسين دفعة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا
يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة ابن
الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف
الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم
الخيل يطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي وان
كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة
فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم فارس ومن دخل
راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن المبارك
عن ابي حنيفة رحمه في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة
المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال
الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام
بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب
الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها

حالة الدوام ولا يعتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسرة وكذا على شهود الوقعة
لانه حالة التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على
قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا
لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او
اجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر
الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده
بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد القتال لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة
القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه
ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا صبي ولا ذمي ولا امراة ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم
ولما استعان عليه بالیهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد
عبادة والذمي ليس من اهلها والمراة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد
لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم و
المكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد
انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمراة يرضخ لها اذا كانت تداوي
الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام
القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او
دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا
كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى
بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال
الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون
لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا
ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال
صلى الله عليه وسلم يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم
منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام
اعطاهم للنصرة الا ترى انه قال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وهذا
دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة **قال رحمه الله** فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس
فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي سقط بموته كما سقط الصفي لان النبي صلى الله عليه وسلم

كان يستحقه

كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه من الغنيمة
مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه
وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر
قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي رحمه الله وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا
لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول
وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط
حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد او الاثنان
دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا
وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام
ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار
كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه مأخوذ
قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن
المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على
القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس
معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى حرض المؤمنين على القتال
وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان
ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه
وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد فيه
قال رحمه الله الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من
جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل
ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه
نصب الشرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت
بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق
به النص وقال صلى الله عليه وسلم لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا
ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني
لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول
من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة
من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب واما ما كان مع غلامه

على دابة اخرى فليس له سلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد
الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها
مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في
دار الحرب وبالشرى من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق
في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده
من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها
وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد
سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت
على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع واذا زالت المكنة عاد
مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار
على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو
الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون
قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله
صلى الله عليه وسلم فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة
فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له
الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة
ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير
قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول
بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا
الا يرى انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض
يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال
الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ
بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله
قدرا ووصفا قال رحمه الله فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام
ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو

اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا
يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان
الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف
تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف
درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول
ان يأخذه من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن
لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين
فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال
حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا
ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم
بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط
عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم
فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان عصمته لحق المالك لقيام يده وقد زالت
ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت
يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية
لقيام يد اهل الدار فيمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة يأخذه المالك
القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال
لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل
الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه قال رحمه الله وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه
لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا و
ان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا وان
ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل
ذلك كله واخرجه فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد
وقد بينا الحكم في كل فرد قال رحمه الله واذا دخل الحربي بامان دارنا واشترى عبدا
مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة كانت
مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين

مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما تقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب **قال** واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم فقال هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستامن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن لهم ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستامن فيباح له التعرض فان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه **قال** واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد **قال** واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد فمراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد **قال** واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطا فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطا اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد

وفي الخطا لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطا بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين اذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فيعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه **قال رحمه الله** واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج **قال** واذا دخل حربي بامان وتزوج ذمية ثم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام **قال** ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة

وقد سقطت ويده عليه أسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالعرض والوديعة لورثته وكذلك ذا ما كان لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما تصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي يخمس فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانها مملوكة لمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس لمعنى واستحقه الغانمون لمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس قال واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المرأة واولاد الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا واما اولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذلك امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة فان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة واولاد الكبار لما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة قال رحمه الله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في

المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها قال ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود ولهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير

باب العشر والخراج قال

ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان ولان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما كان في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضه حين فتح سواد العراق وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص عمه وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال رحمه الله وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع الخراج عليها وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي

ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال رحمه الله
ومن احيى مواتا فهي عند ابي يوسف يعتبر بحيزها وان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه
فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عشرية باجماع الصحابة لان حيز
الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما
قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان
الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احياها ببئر حفرها
او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات او الانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية
وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي حفرتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر
يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج
ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي
وضعه عمر على اهل السواد في كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن
جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو
المنقول عن عمر رضه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة
عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان
ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها
مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب
في الكرم اعلاها وفي المزارع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال رحمه الله وما سوى ذلك من
الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه
توظيف عمر رضه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة
ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان
لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل
متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان
لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان قال رحمه الله وان لم
تطق ما وضع عليها نقصها الامام فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى
الى قول عمر رضه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا
لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع فيجوز عند
محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد حين اخبر بزيادة
الطاقة قال رحمه الله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع
آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما

اذا اصطلم

اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول
شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال رحمه الله فان عطلها
صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين
من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا
يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس قال رحمه الله ومن اسلم من اهل الحرب اخذ منه الخراج على حاله
لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري
المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضه اشتروا
ارض الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداؤه للمسلم من
غير كراهية ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان
وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر و
خراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان
الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان
لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في
العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة
مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا
بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح
رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي
فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام بوضعها اذا غلب الامام
على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين
درهما يأخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل
شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي
يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله صلى الله عليه وسلم
لمعاذ رضه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما
وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان
وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ولنا ما هو منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر
عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانها وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت
بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت
بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا

اده بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية ويوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوسي
لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووضع رسول الله
صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوسي وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول
ان القتال واجب لقوله تعالى فاقتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب
وفي حق المجوسي بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية
عليهم اذ كل واحد منهما مشتمل على سلب النفس منهم لهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين
ونفقته في كسبه فان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع
على عبدة الاوثان من العرب ولا من المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي
صلى الله عليه وسلم نشأ بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد
فلانه كفر بربه بعد ما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام
او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا
ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا
وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا قال رحمه الله ولا جزية على امرأة
ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال
ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان
له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق
حديث معاذ رضه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من
الصحابة ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث
محمول على المعتمل قال ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل
عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك
ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا يوضع على الرهبان الذين لا
يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون
على العمل وهو قول ابي يوسف وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها
فصار كتعطيل الارض الخراجية وجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون
الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته
في اكثر السنة قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا
للشافعي فيهما له انها وجبت بدل عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض
فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا يسمى وهي و

الجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في
الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدل عن النصرة
في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن في
ملكه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه حولان تداخلت
وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى
لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول الشافعي وان مات
عند تمام السنة لم يؤخذ في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت
فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية
ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن
فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة انها وجبت عقوبة
على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل
يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذه بتلبيبه ويهزه
هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت
كالحدود ولانه وجب بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل
لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة
في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة
اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع
فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع
بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة
ولنا انما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول
فاوجبنا في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عم
لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيعة والكنايس القديمة
اعادوها لان الابنية لا تبقى دايمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم
لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف
موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار
هي التي يقام فيها الشعائر فلا يعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك
في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة
لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال رحمه الله ويؤخذ اهل الذمة

وملابسهم

بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم ولا يركبون الخيل ولا يعملون
بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على
السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة
لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه
الطريق فلو لم يكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة
يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم
فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات
ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا
يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت
الضرورة اتخذوا السروج بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم
والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلى الله عليه وسلم او زنا بمسلمة لم
ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال
الشافعي سب النبي يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه
ولنا ان سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه
قال ولا ينتقض العهد الا ان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا لانهم
صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا انتقض العهد
الذمي فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله
من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصل** ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم
ضعف ما يؤخذ من الزكوة لان عمر صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم
ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان
فكذا المضاعف وقال زفر لا يؤخذ من نسوانهم ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما
قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان
ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين
لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيها شرائطها ويوضع على مولى
التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر يضاعف لقوله صلى الله عليه وسلم
مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي يلتحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى
لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان
الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه
الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل

لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال رحمه الله
وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية
تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين
وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال
فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة
الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال
ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي
عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة
كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان
العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته **قال** ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل
وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة
ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يؤجله ثلاثة
ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له
ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل
فقدرناه بالثلاث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه
فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير
الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ
عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود
قال رحمه الله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة
ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب
اما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل
من حيث انه جناية مغلظة فتناط به عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها في موجبها ولنا
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة
اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية **قال رحمه الله**
ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما
في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة

يجبر ما سولاما اما الجبر فلما ذكرنا ومن القول لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في
كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال رحمه الله ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى
فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف
محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت
ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا توجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو
الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض
كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات
او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال
ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين و
كان ما اكتسب في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما
لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان
والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة
باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت
فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده
قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه
من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته
بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت
لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث
من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا
وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب
الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة
لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة
بخلاف المرتد وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات
اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام وهذا لانه باللحاق
صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام
كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي
فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا كما في الموت
الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء

لتقرره

لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة
اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا ويقضي الديون التي لزمته في حال الاسلام مما
اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال
ردته قال هذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبتدئ بكسب الاسلام فان لم يف
بذلك يقضي من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف
وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي دين
من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه
الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب
الردة ليس مملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا
تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله
لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام
حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان
لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه وقالا تقضى ديونه من الكسبين لانهما
جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او تصرف
فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل
او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ما صنع في الوجهين
اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر
الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة
له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم
والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ
الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما
قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة
يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند
ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة
تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى
نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها
لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك
وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ
ويقهر فيتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاق القتل لبطلان العصمة

في الفصلين فاوجب خللاً في الاهلية بخلاف الزنا وقابل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء
على الجناية وبخلاف المرتدة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى
دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه
فيه لاستغنائه فاذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث
عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض
ولو جاء مسلماً قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلماً لما ذكرنا واذا وطي المرتد
جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد
فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه
الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما
الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه
فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيرهما
ديناً والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء
فان لحق ثم رجع واخذ مالاً والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة
قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته
بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد
فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي
اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي
هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه
واذا قتل المرتد رجلاً خطأً ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه
في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة
لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً
ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما وعنده ماله المكتسب
في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه فيه ولهذا كان الاول
ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات
ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى
القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلاً غير معصوم
فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه
الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه
اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة

في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي
نبينه ان شاء الله تعالى قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر
السراية فلا تنقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية
وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه لا
تعتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال
ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً واخذ بماله وابى ان يسلم فقتل
فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة
ملكه اذا كان حراً فكذا اذا كان مكاتباً واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك
اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا يرى انه لا يتوقف
تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته
والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً
وولد لولدهما ولد وظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها
ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجبر تبعاً للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين
والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة قال وارتداد
الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل
واسلامه اسلام ولا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس
بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده
ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلاً ولانه يلزمه احكاماً
يشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان علياً رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام
اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار
معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما
يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم
يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام
على اصل ابي يوسف رحمه الله لانه تعلق به اعلى المنافع على ما عرف به ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على
الاسلام لما فيه من النفع ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبة موضوعة عن الصبيان

رحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن اقراره
لا يدل على تغيير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود
الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا كرم الله وجهه فعل كذلك باهل حروراء قبل
قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدا به ولا يبدا بقتال
حتى يبدؤه فان بداؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم **قال رضي الله عنه** هكذا ذكر القدوري
في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدا بقتالهم
اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدؤا بقتال حقيقة لانه لا يجوز
قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم
يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما
لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم فاذا بلغه انهم يشترون السلاح
ويتاهبون للقتال ينبغي ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا
للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم
الامام اما اعانة الامام الحق من الواجب عند الغناء والقدرة فان كان لهم فئة
اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على
جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين
لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر دليله لا حقيقته
ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف
ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان
كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس
والمال ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي لا يجوز و
الكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه
قسم فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في
مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى و
يحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة
فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها
الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة
ولا استغنام فيها **قال رحمه الله** وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر
لم ياخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في

حقه اجزى من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم
وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه **قال رضي الله عنه** قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة
فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه
في الزكوة وفي المستقبل ياخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل
البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل
في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص
منه وتاويله اذا لم تجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام
فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي و
قال كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل
لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين و
هو قول الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم
لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا وياثم
وقال الشافعي في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا
او مالا له انه اتلف مالا معصوما او نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل
المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد
منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم
وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالزام او التزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة
ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل
يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت
هذا نقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف في قتل الباغي
العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة هنا الى استحقاق
الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث
فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل
لم يوجد الدافع فوجب الضمان **قال رحمه الله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي
عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل
الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع
ما لا يقاتل به الا بالصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان

غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار
دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه
مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت
المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية
الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال رحمه الله فان التقطه رجل لم يكن
لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده وان ادعى مدع انه ابنه فالقول
قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال
حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه
ثم قيل يصح في حق نفسه دون ابطال حق الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه
الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف
في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر
شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب
ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا
اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية
من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان
دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره
فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او
في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية
واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت
الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر
الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا يرى ان تبعية الابوين فوق تبعية
الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير
ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى
عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو
الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان
مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي
ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لان للملتقط ظاهرا ولاية الانفاق
وشرى ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام

سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال رحمه الله ولا يجوز تصرفه في مال اللقيط
اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة
لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال رحمه الله
ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذا رواية
القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح
وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف
الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان
الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب
اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا يكون مضمونة عليه وكذلك اذا
تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو
اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن
الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر
شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو
اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالك وفيه وقع الشك فلا يبرأ
وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه
ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت
اللقطة او اكثر لانها اسم جنس قال رحمه الله فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها
اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وهو رواية عن ابي حنيفة وقوله اياما
معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل
والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم من التقط شيئا فليعرفه
سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة
دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع
به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في تعلق الزكوة فاوجبنا
التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليست في معنى الالف بوجه ما
ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم
ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد

ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد ثم تصدق
به وينبغي ان يعرفها في المواضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى
الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور
الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف لكنه يبقى على ملك
مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال رحمه فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا
للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها
وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر
بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة
وله ثوابها لان التصدق بها وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك
يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة
فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه اباحة من جهة الشرع
وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة فان شاء ضمن المسكين
اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في
الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة
والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع به عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي
بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها
صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور
ولايته عن ذمة المالك وان انفق باذنه كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية
في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى واذا رفع
ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كانت للبهيمة منفعة آجرها فانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء
العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق واذا لم يكن لها منفعة
وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه
صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها
لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على
قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستاصلة
فلا نظر في الانفاق مدة مديدة وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان
يكون غصبا في يده ولا يامر فيه بالانفاق وانما يامر في الوديعة فلا بد من البينة لكشف
الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليها ان كنت

صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ولا ترجع ان كنت غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة
دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم يبع اللقطة اذا شرط القاضي
الرجوع على المالك وهذا رواية وهو الصحيح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها
منه حتى يحضر النفقة فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك
راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط
قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل
والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم في الحرم
ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها
سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان
انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع
اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها ولا يجبر على ذلك في القضاء و
قال مالك والشافعي يجبر على ذلك والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها
او وكاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من
وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
فلا يستحق الا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام
فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور
وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ويأخذ منه كفيلا اذا كان
يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه ياخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث
غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان
المالك هنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به
التصدق لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يات يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون
على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال
الشافعي يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي رضه فان جاء صاحبها فادفعها اليه
والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها
والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص
والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ
لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع
ابي رضه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا باس

بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا اجاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان غنياً لما ذكرنا والله الموفق

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن عليه من الاباق ثانياً بخلاف الضال قال رحمه الله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعداً فله عليه جعله اربعون درهماً وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الثلثة الايام اذ هي اقل مدة السفر قال رحمه الله وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهماً قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهماً لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال رحمه الله وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده ولكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء عليه له وهو صحيح ايضاً لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس المبيع للاستيفاء وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالاعتاق كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا

اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهناً فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديوناً فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانياً فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوباً فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له والقائم قوله يستوفي حقه لا خفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك فيتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصوراً على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد

والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح ثمنا كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا يعني الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر وهذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه والمديون بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود **قال رحمه الله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضه رجع الى قول علي رضه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة **قال** واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر

بالحقيقي

بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود من احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى له اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم محجوبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا

كتاب الشركة

الشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون فقررهم عليها الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التميز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بيناه الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات فيفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما

لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفاً لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا
في الدين لما نبين ان شاء الله وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً والقياس ان لا يجوز
وهذا قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة ووجه القياس انها تضمنت الوكالة
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله عم
فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة
متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا ينعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرايطها عن علم العوام
حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال رحمه الله ويجوز بين الحرين الكبيرين
مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز
ايضاً لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان
الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما الا باذن المولى
والصبي لا يملك الكفالة ولا التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر
وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة
ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة
ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى
الجايز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال
خموراً او خنازير يصح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين
ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها
ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاجتماع شرايط اذ هو قد يكون خاصاً و
قد يكون عاماً قال وينعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو
الشركة في المال على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات
وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال رحمه الله وما يشتريه كل واحد منهما يكون على
الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة
وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شرا احدهما كشرائهما الا ما استثناه
في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة
معلوم الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص
به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبايع ان يأخذ بالثمن من
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته
مما ادى لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما
من الدين بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة فمما يصح

الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو
صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع
ابتداء ومعاوضة انتهاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة
بامره فبالنظر الى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح
من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن
ابي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا
يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه هو الصحيح
لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب
والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما
ما لا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت الشركة عناناً
لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر
لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها ينقلب عناناً للامكان فان
المساواة فيه ليس بشرط ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما
عرضاً فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

فصل ولا تنعقد الشركة

الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك لا يجوز الشركة بالعروض
والمكيل والموزون ايضاً اذا كان الجنس واحداً لانها عقدت على رأس مال
معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم
يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد
منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح
ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين
فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما
ماله على ان يكون الآخر شريكاً له في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئاً بماله على ان يكون
المبيع بينه وبين غيره يجوز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان
فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين و
لا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز
الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى

عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها قال
ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فيصح الشركة بهما هكذا ذكر
بالكتاب وذكر في الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده
التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة يتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات
والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا يتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد
بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا
ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية
مختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري
التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال
ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب
ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم
اشتركا فكذلك عند ابي يوسف والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد يصح شركة العقد وثمرة
الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما
قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه حتى
جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة
الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير و
الزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس
واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض
واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط محكم قد بيناه في كتاب القضاء قال رحمه الله واذا ارادا الشركة بالعروض
باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة قال وهذه شركة ملك لما بينا
ان العروض لا يصلح راس المال للشركة وتأويله اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء ولو
كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال واما شركة
العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر او طعام
او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده
كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له اي
اعترض له وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ
ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لان التفاضل
فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب

الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح
للشركة في الاصل ولهذا يشترط الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر
الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم
يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق
واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط
جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه
للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه
يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا
يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال رحمه الله
ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس بشرط فيه
اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز
ان يشتركا ومن جهة احدهما دراهم ومن الآخر دنانير وكذا من احدهما دراهم بيض و
من الآخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فانه
عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه ان شاء الله تعالى وما اشتراه كل واحد
منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل
في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل
من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله
فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكره والقول للمنكر مع يمينه قال رحمه الله
واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد
الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع
بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان
بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذلك اذا هلك احدهما لانه ما رضي
بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد
لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان
في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل
الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما
على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم
بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما
باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها قال رحمه الله

ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه
وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك احدهما
ثم اشترى الآخر بالمال الآخر صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا
لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة
ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة
فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة
فاذا بطلت بطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها مقصودة **قال رحمه الله**
وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال فلا
يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا
يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو
العمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر
اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز
شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون
المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان
الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف
لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط
تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس و
التساوي في الربح ويصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم
مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما و
نظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال
لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه
وله ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لانها دون
الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية
الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر
بل اولى لانه يحصل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع
مثله **قال رحمه الله** ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة
والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد
خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله **قال** ويده في المال يد امانة لانه قبض
المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة **قال** واما شركة

الصنائع وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال
ويكون الكسب بينهم فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد
مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال
على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان
وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد
العمل والمكان خلافا لزفر ومالك فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ولا يتفاوت
ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل
فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول
ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال
عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم ولا يجوز بخلاف
شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن
لا يجوز الا في المضاربة **قال رحمه الله** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه
حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا
ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس بخلاف ذلك لان الشركة وقعت
مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان
الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل فهو مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر
بنفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل **قال** واما
شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا
فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس
وانما يصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال واذا اطلقت يكون
عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من
الجانبين ما بيناه في شركة التقبل **قال** وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان
التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية فتعين الاول فان شرطا ان
المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان
يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل
او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي
العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سوى ذلك الا ترى ان من
قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح
في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان

الربح الزايد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلتحق بها

فصل في الشركة الفاسدة

ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده او احتطبه كل واحد منهما فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نايبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم يصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا كان ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفي منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه مرتدا لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم

الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لا يضمن المأمور علم او لم يعلم ولابي حنيفة انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم تقع زكوة فيصير مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج النفس عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لا يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبايع ان يأخذ الثمن من ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس يقال وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قوله صلى الله عليه وسلم لعمر حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك

باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية
التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه تصدق بمنافعه فصار شبيه
العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن
ان يزول ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف
وبخلاف المسجد لانه جعل لله خالصا ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم
يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم
او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في فصل مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح
انه لا يزول ملكه الا انه يتصدق بمنافعه مؤبدا فصار بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد
بالحاكم المولى واما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة
الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث
والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي
يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي
لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك
الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة
قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف
ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه
كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه
وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال
ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس
بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما
يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة
المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة عند ابي يوسف
ايضا لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر
الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف
الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل
في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في
البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف
في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه
لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة

المملوكة

المملوكة قال رحمه الله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع
ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم
يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق
فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا
له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر
عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى
جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند
ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما
بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله
وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط
لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه
لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان
جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال
رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف
ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض
في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع
والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف فلان
يجوز الوقف منه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه
في سبيل الله تعالى وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما
بينا من قبل وجه الاستحسان ان الآثار المشهورة فيه منها قوله صلى الله عليه وسلم واما
خالد فقد حبس ادرعا له وافراسا في سبيل الله وطلحة رضه حبس دروعه في سبيل الله
ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذلك
السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والقدوم
والمر والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف
لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه
ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه
الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل
واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا
تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقائه

مقتضاه ٤

عنده ٥

اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا
ان الوقف فيه لا يتابد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا
معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على القياس وهذا لان العقار
يتابد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما
قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رحمه الله
فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف ولم يكن بيعا وتمليكا
ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف
وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او
يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز
ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز
لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء **قال** والواجب ان
يبتدى بارتفاع الوقف في عمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف
صرف الغلة موبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج
بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف
على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان على رجل بعينه و
آخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حيوته ولا يوخذ من الغلة لانه معين
يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه
وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف
عليه فاما الزيادة فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه
ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الاخرين يجوز ذلك والاول
اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة **قال رحمه الله**
فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر
فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها
من اجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف
وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها يفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع
على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون
امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير

معنى ح

مالك **قال** وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه
وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التابيد
فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا
يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع
وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني
النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه انما حقهم في المنافع
والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم **قال** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه
او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه
وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله
وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما مبني على الاختلاف
في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه
في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء
سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء
فاذا ماتوا فهي للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقيل هو على الخلاف
ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد ان الوقف
تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط الكل او البعض لنفسه يبطله لان
التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة من المسجد
لنفسه ولابي يوسف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والمراد
منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة
الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه واذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل
ما صار مملوكا لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية
او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة
وفي الصرف الى نفسه ذلك قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط
الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد
الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار في الوقف لنفسه ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط
عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص
فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وقد ذكر هلال في وقفه و
قال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال
مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة

النصف ح

والخلاف فيما اذا شرط النفقة في حيوته
وبعد موته كاشتراطه لنفسه ح

الوقف فاذا سلّم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه
فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا
الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجداً يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن
اعتق عبداً كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه
وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظراً للفقراء كما له ان
يخرج الوصي نظراً للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده
ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل **فصل** واذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه
حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى واحد فيه زال عن ملكه
عند ابي حنيفة اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه
لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن
ابي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلوة
بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً
لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد
وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل **قال** ومن جعل مسجداً تحته سرداب او فوقه بيت
وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى
لبقاء حق العبد متعلقاً به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس
وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد
مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم
فاذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري
اجاز ذلك كله لما قلنا **قال رحمه الله** وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجداً واذن للناس
بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا
كان ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص
لله تعالى وعن محمد رحمه الله انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجداً وهكذا عن ابي يوسف
انه يصير مسجداً لانه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار
مستحقاً كما يدخل في الاجارة من غير ذكر **قال** ومن اتخذ ارضه مسجداً لم يكن له
ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرز عن حق العباد وصار خالصاً لله تعالى
وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله

وعن ابي حنيفة انه يشترط الصلوة بالجماعة باذان واقامة باذن الباني لانه قد يصلي في البيت بجماعة م

فانقطع

فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند
ابي يوسف رحمه الله لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او
الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا
استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر
قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خاناً يسكنه بنو السبيل او رباطاً او جعل
ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة لانه لم ينقطع عن
حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب
من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما
في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى
من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده
ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان
والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه
وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض
ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل
النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لانه لا تدبير
للمتولي فيه وقيل يكون تسليماً لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح
التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفاً وقد قيل هو بمنزلة
السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف
العادة ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في
غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او
جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا
رجوع فيها لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه
من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير
والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك
في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل
الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما
بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف

بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ
المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وقوله رضيت او اعطيتك
بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر
في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة
قال رحمه الله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في
المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من
غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير
وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة
دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب
واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن
لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى
وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع
وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما
الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث
محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها
او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج
الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه
لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة
لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة
هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل
معلوما لاطلاق قوله عز وجل واحل الله البيع وعنه صلى الله عليه وسلم انه اشترى طعاما من يهودي
ثوبا الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان تكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من
التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها قال رحمه الله
ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز
فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدهما وهذا اذا
كانت الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان
او يكون احدهما اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة
في المالية فان كانت سواء كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف

بين العدالي

بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي
نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة
ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم
فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره
لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه بخلاف السلم لان التسليم
مؤخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في
البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في
قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر
الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة
بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير
مانعة كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز البيع في قفيز واحد
عند ابي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع
قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع
غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك من باع ثوبا مذارعة
كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل
لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب
لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه
وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة
درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان
البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة
دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة
الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض
والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل
الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور
لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا
خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها
مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء

اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر
الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان
وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل
له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما تلزمه الزيادة لما بينا
انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع
من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله هو جائز وان اشترى عشرة اسهم
من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم
وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم
بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بينما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم وهو الصحيح خلافا
لما يقوله الخصاف رحمه الله لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او
احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره
وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله في فصل النقصان
ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا
يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو
شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع
كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول
ياخذه بعشرة من غير خيار والوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله ياخذه
باحد عشر ان شاء وفي الوجه الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد في الوجه الاول ياخذه بعشرة
ونصف ان شاء وفي الوجه الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع
بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل
ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ
حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي
لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل
وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه **فصل** والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون
تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وان لم يسمه لانه متصل به للقرار
فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل للفصل فشابه المتاع الذي
فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم من
اشترى ارضا فيها نخل فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة
فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع

لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال
الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة
ان لا يقطع وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب
ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة
او لم تكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين
فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد
لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل و
كان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناوله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع
والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من
حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من مرافقها او من حقوقها دخلا
فيها واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح لانه بمنزلة المتاع **قال** ومن
باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال
او في الثاني وقيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في
الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل
فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او صفقة في صفقة وهو اعارة
او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها
لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها
باذن البائع طاب له وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة
وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها
مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل
لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى
الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة
فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد
البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول
قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري
الاصول لتحصل الزيادة على ملكه **قال رحمه الله** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا
معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى
نخلا معينا لان الباقي بعد الاستثناء معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه وهذه رواية

الحسن وهو قول الطحاوي رحمه الله اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز
ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه
بخلاف الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها
والباقلي في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر
وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز
ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه
ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل
حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما
كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه
بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري
قدر ما في السنابل من الحنطة ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه
يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه
بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه **قال** واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل
فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان و
الذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمهما الله لان النقد
يكون بعد التسليم الا ترى انه بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره
او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة رحمه الله عنه على المشتري لانه يحتاج الى
تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه
قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن
يتحقق التسليم **قال** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري
تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين
تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في
التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه
ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له
النبي صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى مدة
معلومة لحديث ابن عمر رضه انه اجاز البيع والخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع

للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن
ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه
بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل
المفسد بالعقد ولهذا قيل العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا
ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن
الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وابي
يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر وان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا
والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة ماسة الى الانفساخ عند عدم
النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق
به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد رحمه الله في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ
في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر رحمه الله
وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد
للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا **قال** وخيار البائع يمنع
خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ
عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه وهلك في
مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون
المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ
البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج
المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما
يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر **قال**
الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع
فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي
حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان
في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة
ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق
عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر **قال** فان هلك في يده

يملك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف **قال** ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لا يملكها لما له من الخيار فان وطئها له ان يردها لان الوطى بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطى ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا فابراه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم **قال** ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لابي يوسف رحمه الله انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ **قال** واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه

حق لازم في البيع ثابت في المبيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين من يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار **قال** ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار وايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة فلما ملك كل واحد منهما التصرف رجح بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما **قال** ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن **قال** ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار الى ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كان اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان

واستخرج ذلك من مسئلة ذكرها في النوادر في الوكيل ببيع العبد اذا باعه من رجل وبيع الموكل اباه من آخر معا ان بيع الموكل اولى عند محمد وعند ابي يوسف يجعل بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع لتفرق الصفقة

لي معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي
فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع
الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية
الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط
مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير
فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت
خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ
اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما
والاخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه
وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد
منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا
ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط
ولهذا لا يتوقف في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى
دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب
الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة
فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار
كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة قال واذا اشترى الرجلان
عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده و
على هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما
فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج من ملكه غير معيب بعيب
الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار
لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فكان
بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب
فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف
النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد بعدمه العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات
فصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان
شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله صلى الله عليه وسلم

بالتعيب

من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه
لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم
رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه
عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا
له الخيار اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى زوالا و
ثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن راضيا بالزوال
ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان
باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار
لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار
الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف
يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب
حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعده لانه لما لزم تعذر
الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة
والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة
الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او
الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره
فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت
آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا
اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب
والدواب فلا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي
وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه
الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر
الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو
المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره
وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من
الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم
لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال وان راى صحن الدار فلا خيار له

وفي الكفاية بخلاف فيما اذا كان البيع قائما بين يديهما موجودا كما اذا اشترى زيتا في زق او برا في جوالق او نحوها في الكم ونحوها حتى لو لم تكن كذلك لا يجوز البيع اتفاقا — شرح المجمع

نموذج جاشني

القنية احد مابيتين بالعادة

من اشترى

له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج
وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عاداتهم
في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل
الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا
يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله هما سواء
وله ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار
بالاجماع انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط
والاسقاط قصدا وصار كما اذا قبضه مستورا واراد ان يسقط الخيار قصدا وله ان القبض
منه تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام
الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو
يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه
فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع
بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان
الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك
شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك التسليم والقبض اذا كان رسولا في البيع
او الشراء قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم
يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه
اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره
في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف
اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام
مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة
واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رحمه الله يوكل وكيلا
يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا قال
ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما
لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل
يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار
الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من
الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد
ذكرناه في خيار الشرط ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي

راه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان
لا يعلمه مرئيه لعدم الرضى به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لا تقع معلمة باوصافه
فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبايع لان التغير حادث وسبب اللزوم
ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا
في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له قال ومن اشترى
عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب
وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب بعد القبض لان
الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله
وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم
ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن بمجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر
عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البايع ولم يره المشتري
عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضى به قال رحمه الله وكل ما اوجب نقصان الثمن في
عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس
بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البايع في صغره ثم
حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لانه
غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر
والكبر فالبول في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر
لحب اللعب والسرقة في الصغر لقلة ... وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير
من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغير
ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده
لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا
يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول

زطي اسم قبيلة

اضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه

جواب عن معارضة مقدرة

فلابد من المعاودة للردة **قال** والبخر والذفر عيب في الجارية لان المقصود قد
يكون الاستفراش وهما يخلان به وليسا بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به
الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون
الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود
في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له بان زنى اكثر من مرتين على ما
قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة **قال** والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته
ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشترى غلاما على انه كافر فوجده مسلما
لا يرده لانه زوال العيب **قال** ولو كانت جارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب
لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر
سنة فيهما عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البايع
قبل القبض وبعده هو الصحيح **قال** واذا حدث عند المشتري عيب كان عند البايع فله ان
ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان بالرد اضرارا بالبايع لانه خرج من ملكه سالما
ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى
البايع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر **قال** ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا
رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البايع انا اقبله كذلك
كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع
برضا البايع فيصير هو بالبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه
او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة
لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا ينفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست
بمبيع فامتنع اصلا وليس للبايع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه
المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع
حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع
على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة
وفي الثاني بعده بالتسليم اليه **قال** ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب
رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس
فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء
الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان
انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر
والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه

على مال

على مال لا يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض **قال** فان قتل المشتري العبد او كان طعاما
فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون
انهاء وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما سقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير
كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كالاعتاق المعسر
عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف
اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق
وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا
الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب
فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع
بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض **قال** ومن اشترى بيضا او بطيخا
او خيارا او قثاء او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس
بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان
كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا
للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في
ملك المشتري لا في ملكه فصار كما لو كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو
قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد
والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال
وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد **قال** ومن باع عبدا فباعه المشتري
ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين فله ان يرده على بايعه
لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه
صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة
وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل
لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل
بغير قضاء القاضي فليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان
فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء
بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب
فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما

لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البايع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه
فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب
دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين
المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان
قال المشتري شهودي بالشام استحلف البايع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار
ضررا بالبايع وليس في الدفع كثير ضرر بالمشتري لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة
فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام
العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه وما ابق
قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي
او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم
وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند
قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف
البايع بالله ما يعلم انه ابق عنده على قولهما واختلف المشايخ رحمهم الله على قول ابي حنيفة رحمه الله
لهما ان الدعوى معتبرة حتى تترتب البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف
يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب
واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا
كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر
لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع
بعتكها واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار
المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا في مقدار المبيع واختلفا في
المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد عيبا في الآخر
فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه
وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد في المقبوض عيبا
اختلفوا فيه وقد روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع
وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض
جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا هو يقول فيه تفريق
الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه

ماقبل

ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة
في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له
ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله
او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى
انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين
فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا
خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى
العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان قبل القبض له ان يرد
الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد
كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد
بها عيبا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل
قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال
فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا
فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف
محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد
اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون راضيا قال ومن اشترى عبدا
قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا رحمهما الله يرجع بما بين قيمته سارقا الى قيمته غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل
بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان
الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد لكنه متعيب
فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة
فانه يرجع بفضل قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب
او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكره من المسئلة ممنوعة ولو سرق
في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده
لا يرده بدون رضى البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البايع
فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما
الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم
على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على

بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم
رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ومن باع عبدا
وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها
وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة
لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا
ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة
الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث
قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد لا يدخل فيه الحادث قبل القبض
وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض
الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة الموجود والحادث جميعا

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير
وكذا اذا كان غير مملوك كالحر **قال** هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى
فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال
فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة
البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو
هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي
القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر
على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع
مضمونا في يد المشتري وفيه خلاف الشافعي وسنبينه ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر
باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع فاما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين
كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله
وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال
عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه
بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة
لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف
ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان المشتري للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز
للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق الخمر حتى فسدت التسمية

ووجبت

ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر مشتريا للثوب بالخمر
لكونه مقابضة **قال** وبيع ام الولد والمكاتب والمدبر فاسد ومعناه باطل لان استحقاق
العتق قد ثبت لام الولد لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في
حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة
في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع
ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد من المدبر المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق
خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض
بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان ام الولد والمدبر يدخلان
في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه
القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما
لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده
وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا **قال** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه
باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا
اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها
ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك **قال** ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل
الاخذ ولو ارسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا **قال** ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه
انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره **قال** والصوف
على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوائم لانها تزيد من الاعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف غير متعين
فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر
الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف
حيث جوز بيعه فيما روي عنه **قال** وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع
او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة
لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع
الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا
باع النوى في التمر او البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع

لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج
من الصيد بضرب الشبكة مرة واحدة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة
وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرناها والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل
كيلها خرصا اي حزرا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا
كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز
فيما دون خمسة اوسق لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا
وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان
يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ (مقطوع) وهو بيع مجازا لانه لا يملكه فيكون برا
مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت
في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري
او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة
والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة
والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال
على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال
ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه
لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين
مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز
فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحه وقال محمد
يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان ينتفع به حقيقة وشرعا فيجوز
بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة
فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود القز
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له
وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله كما في
دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم
ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال
الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون

التساوم من السوم يقال سام البائع السلعة اي عرضها على البيع وذكر ثمنها وساومها المشتري اذا طلب شراءها ح

لقوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار ح

آبقا

آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى
العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد
عند الاخذ لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب
ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه
آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم
ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم
كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد قال ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي
يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن
الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها
فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن
قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به
للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع
ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد رحمهما الله لا يفسده لان اطلاق
الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال
وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم
غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال صلى الله عليه وسلم لعن الله
الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر (شعر الابل) فيزيد في قرون النساء وذوائبهن
قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به وقد قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس
ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها
طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند
محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل
لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان التعلي
ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز
بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله
لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

الواصلة التي تفعل ذلك بنفسها والمستوصلة التي تأمر غيرها بان توصل ذلك الشعر لها ح

قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق
بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول لانه
لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه
الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم
وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله
ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق
بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض
فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع
كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد العقد ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في
النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير
لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر و
الانثى من اولاد آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد
للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري
والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة
او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع
الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن
غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول
عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما
شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل
انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من
البائع قبل ان ينقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى
لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع
وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف
فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام
الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه

الوذاري بالذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار وهي قرية من سمرقند
اي المعتبر في انهما جنسان مختلفان او متحدان تفاوت الاغراض وتقاربها دون اصل المادة

فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن
الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في
زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول
قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا
او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري
لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما
ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره
بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى
الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا
يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها
فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة
المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون
الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل
الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض
فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه
العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري
الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا
نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام
حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وان كان يخالفنا في العتق
ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن
يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع
حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع
قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من
حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان
العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق
تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذا
لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه
المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد

المتعاقدين ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة **قال** ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد **قال** رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائه على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة **قال** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال

ثم تراضيا

ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قال** ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واختها في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان المالك باستحقاقه البيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد

ملكوا الحال باطلاعه لم التجارة حق

اخت الناكح

وعندنا البيع ينقسم الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير ٥ حق

فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده
بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا
فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط
ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد
استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه
كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع
بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في
ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل
صورة ومعنى اعدل من المثل معنى **قال** ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد
وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد
في صلب العقد لقوته وان كان الفساد لشرط زائد فلمن له ذلك دون من عليه لقوة العقد
الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له **قال** فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه
فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد الثاني ونقض الاول
لحق الشرع وحق العبد مقدم عليه لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه
والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط
من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد
ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع **قال** ومن اشترى عبدا بخمر او
خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه
بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع
الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق
الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ
بالاعذار ودفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت
دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه
بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا **قال** ومن باع دارا بيعا
فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في

اي البدل والمبدل كبيع درهم بدرهمين مع ثوب بخمر ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبه وبغير عندهما وعند ابي يوسف بحضرة صاحبه ش

الجامع

الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء
وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع
حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء
فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع
فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا تبطل
بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح
فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين
فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم
يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه
فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد يشمل النوعين لتعلق
العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع
او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة
الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها **قال** وكذا اذا ادعى على آخر مالا
فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له
الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق
وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** **قال** ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره
قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا **قال** وعن السوم على سوم غيره قال عليه الصلوة والسلام لا يستام
الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا
اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ الثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الآخر
فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكر وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا **قال**
وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد وان كان لا يضر لا باس به الا
اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وعن
بيع الحاضر للبادي فقد قال صلى الله عليه وسلم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل
البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار
بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان
الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه

يعني الثمن شرح الدرس

صورته ان البادي يجلب الطعام الى البلد فيطرح على رجل يسكن البلد يبيع من اهل البلد بثمن غال زاده بها ه

وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به
البيع لان الفساد في معنى خارج زايد لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة قال
ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا
وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه قال ومن
ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان
كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق
الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين
اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك
ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده
فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على
الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير
قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص
ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا
حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق
بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان
المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره له ذلك
وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه
انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع
الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور به
فشابه كراهية الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى
ما ورد به النص وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جايزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته
اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما وان شرط
اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل و
عند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله
ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته فاذا تعذر يحمل على

ولهذا يقال في الدعاء اللهم اقلني عثراتي
اي اسقطها وارفعها كذا في الكافي

كما اذا اشترى بالدراهم الموجل عشرا حين
حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين حالا
كانه باعه منه د رر غرر

محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال
بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت
به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما
قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر
لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري
لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا
ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة
اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف
البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع
وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل
لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان
الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رحمهما الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان
قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد
هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال
يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو
اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا
وعندهما هو بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده
لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول
وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر
البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز
عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع
البيع يستدعي قيامه وهو قايم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت
الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما
اي عقدا بيع المقايضة ...
لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح
والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جايزان
لاستجماع شرايط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا
يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما
اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة

اي لا يبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك احدهما يعني
لو هلك بعد الاقالة لا يبطل الاقالة اما لو كان احدهما
هالكا وقت الاقالة والآخر قايما وصحت الاقالة ثم
هلك القايم قبل الرد بطلت الاقالة ٥ حق

اي السولدان يجعله واليا فصار البايع كانه يجعل المشترى
واليا لما اشتراه بما اشتراه ٥

والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها واجب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة
ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولّني احدهما فقال هو لك
بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له
مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري مرابحة ممن يملك
ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على
الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته
لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار و
الصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء
براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ
القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون
كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في
العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان
اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله
يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج
وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله
ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك
مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك
بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن
الربح ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول
فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت
الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه
ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء
من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت
فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان
باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى
بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة

ولو اشتراه

ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه
مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن
الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة
حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور
على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل
ثالث لان التاكد حصل بغيره قال رحمه الله واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا
بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة
وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم
لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد
اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن
الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة
وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على اثني عشر ونصف لان هذا البيع
وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله
لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة
العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في
حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها
مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن
والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا
يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله فاما اذا فقأ عينها بنفسه
او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف
فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها
الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير
بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما
بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان
شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة
في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام
على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان

ای فی هذا البیع شبهة عدم الجواز

ای المضارب وکیل عن رب المال وهذا الایضاح قوله ففیه شبهة العدم لان المضارب لما کان وکیلا عنه وجب ان لا یجوز البیع منهما کما لا یجوز البیع من الموکل ومن وکیله فیما وکله فیه

ما ذا منع ابتاع الاجل فقد منع بعض المبیع

استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانها بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين

اي يحتمل ان المبيع كان هالكا في يد البائع والمشتري لا يعلم فيكون العقد مفسوخا وعادا الى عدم ملك البائع

حيث يجوز له الاكل والبيع قبل اعادة الكيل لان جملة المال له ... ولا يحتمل اختلاط ملك الغير

يعني باع الثوب على انه عشرة اذرع

على ما

على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه

ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

باب الربوا

قال الربوا فى كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثانى بيعوا والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التى هى مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية فى ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشروط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفايدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه ولا يعتبر التفاوت فى الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان فى اعتباره سد باب البياعات او لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل فى مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة فى المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفى الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردى مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت فى الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعى العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

قال اذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا فى هروى او حنطة فى شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعى الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا فى المالية فتتحقق شبهة الربوا وهى مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود فى الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان فى صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهى ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفى الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة قال وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابى يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هى المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام فى الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام فى معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى معناه ما يباع بالاواقى لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف ساير المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه فى الصرف ان شاء الله قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعى فى بيع الطعام لقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض فى المجلس

بتعاقب القبض وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربوا ولنا ان المبيع متعين فلا يشترط
فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب
ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم
يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض
لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير
اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا
يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة
بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي
بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء
قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من
اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه
وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا
ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما
لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا
معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية
والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف
وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون
اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا
من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه
باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة
ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن
في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز
بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا العنب بالزبيب وقالا

لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال النبي صلى الله
عليه وسلم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدي رطبا اوكل تمر خيبر هكذا
سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول
الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة
وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا
لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او
الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز
جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال وابو حنيفة رحمه الله يعتبره
في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع
الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين بيع
الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد
عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين
المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف
الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم
له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع
التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج
حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان
اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز
لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر
بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان
بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل
والغنم فاما البقر والجواميس جنس وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي
قال وكذا البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود
ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا
لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا
بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف

المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً لان الخبز صار عددياً او موزوناً فخرج من ان يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضاً وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عدداً او وزناً عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في آحاده **قال** ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالاً مباحاً اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظوراً بعقد الامان والله اعلم

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف **قال** ومن اشترى بيتاً في دار او منزلاً او مسكناً لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج

صح العلو الذكر لانه مونث غير حقيقي لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والكنيف ٥

الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً وقيل يشترط القضاء بالولد واليه يشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً **قال** ومن اشترى عبداً فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضراً او غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذباً فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمداً على امره واقراره اني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامناً بالثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضماناً للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضماناً للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله ولا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم وضع المسألة في الشراء اذ هو لا يدري فضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقد قيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به

قيد بالامر والاقرار لانه لو امر بالشراء ولم يقر او اقر ولم يأمر بالشراء لا يرجع على العبد اتفاقاً كذا قاله الامام قاضيخان ٥ المشتري انما قدم على الشراء معتمداً على كلام العبد فلما اقر به كمن جهته جعل العبد ضامناً بالثمن عند تعذر استيفائه من البائع دفعاً للضرر عنه بقدر الامكان ٥ ولهذا قالوا اذا قال البائع للمشتري قيمة متاعي كذا فاشترى بناء على ذلك ثم ظهر خلافه فله الرد بحكم التغرير هذا هو الصحيح وكان صدر الاسلام يفتي به كذا في النهاية والتبيين شرح مجمع

وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على
الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي
في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان
يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها
شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة
المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة
فيما تسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجازه وان شاء
فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن
المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك
وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع
تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد
لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف
النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما
لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان
الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا
للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن
دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة
اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع
ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف ولو
(اي فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا)
هلك المالك لا ينفذ باجازة الورثة في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث
بنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز
البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رحمه الله
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت
مع الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق
جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق
بدون الملك قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد

الملك

الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح
للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان
ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري
من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان
وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك
ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف
(احتراز عن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لافادة الملك)
الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق
الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون
بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب من نفسه لان الغصب غير موضوع لافادة
الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط
(اي مقرون)
به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان
بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا
ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح
قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري
لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهو حجة على محمد رحمه الله
والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده
واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري
في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال
فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا
ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع
يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري
فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام
المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل
حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل
فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له
فيكون المبيع قائما لقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري
البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمر بالبيع واراد رد البيع لم يقبل
بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على

بخلاف ما اذا اعتق الغاصب ثم ادى الضمان فانه لا يصح

صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطلب البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دارا لرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

قال السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يابا ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد رحمهم الله لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم

في الحيوان

في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطير لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض في وقته اما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس

فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص
فبقي على النافي **قال** ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى
المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول
اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره
لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون
المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رحمه
قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه آفة فلا قدرة على
التسليم واليه اشار صلى الله عليه وسلم حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل
احدكم مال اخيه المسلم ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما
قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه
الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او
بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا
بمكيال معلوم وكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه ومعرفة
مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج
الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد
فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة
وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره
لا يدرى في كم بقي او ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم
في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان
الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين
ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب
للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر
وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين
بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه مفضية الى المنازعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا
قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف
كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف

الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا
له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو
اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة
للايفاء **قال** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع
لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية
الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح
لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه
لا يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا **قال** ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل
باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين
ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر
على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع
تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط
قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط
جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان
مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها
دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض
ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم
وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما
بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا **قال** ولا يجوز التصرف في راس مال
السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد
واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز
الشركة والتولية لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه
براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او
راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل

قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه
فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه **قال** ومن
اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه
قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله
لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على
ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع
لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال
فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان
القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظها فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما
فلا تجتمع صفقتان **قال** ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في
غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف
ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد
جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها
المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا
لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره
بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره
ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا وكذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في
الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع
ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما
يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت
بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمعت العين والدين والغرائر للمشتري
ان بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه
وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع
الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدا بالدين لم
يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به

من جهته

فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا خلافا لزفر حتى عنده يجوز ان يشتري من المسلم اليه برأس المال ٥

من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض
البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قال رحمه الله**
ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه
قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء
العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصح الاقالة
حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو
اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها
فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث
يصح الاقالة ويبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه **قال**
ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب
السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة
لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول
لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما
القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى
ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول
رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل
غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف
وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان
انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة
وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر
استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه
يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة
المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح
اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق
وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده
وعندهما للمنكر وان انكر الصحة **قال** ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا
وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب

لانها دخلت في ضمانه يوم القبض لا يوم الموت فصارت كالمغصوبة

القول في العقد قول المسلم اليه والبينة بينة رب السلم ٥
من الابتداء ص

اي اذا جازت الاقالة بعد هلاك الجارية في المسئلة الثانية فلان تبقى الاقالة بعد هلاك الجارية في الاول بالطريق الاولى ٥

بيع المقايضة هو ان يبيع عينا بعين ثم يهلك احدهما يصح الاقالة في الثاني ٥

يقال رقعة هذا الثوب جيدة اي المراد غلظه وثخانته ٥

حرير لا بد من بيان وزنه ايضاً لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في
الخرز لان آحادها تتفاوت فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم
لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبناً معلوماً لانه
عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره
لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي الى المنازعة ولا
بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط
السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئاً
من ذلك بغير اجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع
المعدوم والصحيح انه يجوز بيعاً لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً والمعقود عليه
العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز
ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز هذا كله هو الصحيح
قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار
للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضاً لانه
لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضراراً
بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما
فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب
الاجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند ابي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه
يصير سلماً بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل
على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة
انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة
فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب
العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من
السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع
باعزازه فكان منتفياً ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد
او ماشية ولانه منتفع به والحديث محمول على الابتداء قلعاً لهم عن الاقتناء ولا نسلم
نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم

ان الذي

قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة رحمه الله قال حدثنا محمد بن قيس ان ابا عامر اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم خمراً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر لنا قال فبعها قال النبي صلى الله عليه وسلم حرم شربها حرم بيعها الحديث

ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه
قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين
قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على
الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما
يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة
من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان
الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافاً لزفر والشافعي
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع وهو كونه عدلاً او خاسراً او رابحاً ثم قد لا
يستفيد المشتري بها شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح
اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال
من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد شرطها فلم يصح قال ومن
اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب
الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط
من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضاً
لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء
على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبداً فغاب فاقام
البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع
لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم
يدر اين هو بيع العبد وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر
على الوجه الذي اقر به مشغولاً بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي
كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد
القبض لان حقه لم يبق متعلقاً به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل
حقه وان نقص يتبع هو ايضاً فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر
ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه
الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر
الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعاً بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين

غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه
لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس
ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن
اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية
بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن
سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما
قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او
هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه و
يرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان
الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس
حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة
ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب
له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا
باض فيها او تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان
يوخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره
او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا
دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا
له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت
فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء ••• وبالله التوفيق

كتاب الصرف

قال رحمه الله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به
للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب
منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل رحمه الله
ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث
وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض

العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل
بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض
الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما
سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين
الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة
فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا بمشيا
معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه
وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف
خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا
في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا
لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض
المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض
العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله
وفي تجويزه فواته فكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم
لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع
لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع
قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز
بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في
المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع
جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد
من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب
في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف
نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية
والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين
ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما
الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله

فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان
كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده
بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف
وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت
الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز
البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت **قال** ومن باع
اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض
وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد
والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في
الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي ولا خيار له لانه لا
يضره التبعيض **قال** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز
البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف
اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف
الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين
والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة
ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف
ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري
بالالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره
وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما
وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف
الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما
في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله
لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما
اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه
بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق
في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي
الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة
العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء **قال** ومن

باع

الوحدان ما اذا كان الذي لا يدرى انه مثل الحلية او مثل الطوق في الجارية وما اذا كان اقل من الحلية او من الطوق ولنا وجه الجواز ما اذا كان الذي لا يدرى ازيد من الحلية في السيف او من الطوق في الجارية ه

فان قيل الترجيح انما يكون بشيء لا يكون علة لاثبات الحكم ابتداء او ههنا كل واحد من الجهتين غير المساواة والنقصان من المفرد علة عدم الجواز ابتداء فلا يصح الترجيح قلنا مراده انه اذا كان احدهما غالبا يتعلق الحكم به كما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقي المصطلح في اصول الفقه كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله ه

المراد من النقرة قطعة فضة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها اكمل

ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز ه

باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار
بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم
بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب
ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع
الكراهة وان لم تكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها
عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم
ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين
ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا تضمن
ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رحمه الله
يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان
لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين
قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز **قال** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار
ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة **قال**
واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم وان كان الغالب على الدنانير
الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز
بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذلك
لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل الغش
عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي
منه فيلحق الغش القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب
عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى
بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت
بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة
وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين
واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر **قال**
ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في
ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن

ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون من ماله قيمة او لا والاول اما ان يبلغ قيمة الفضة فان كان ه مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان ه زيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الزيادة اكمل

اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين ه

الصفر بالضم بافرونج

في العدالي والغطارفة اي الدراهم العطرفية وهي منسوبة الى غطريف بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا اكمل

فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت
تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت
تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين
بالتعيين وان كان يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف ولا يتعلق
العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البايع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة
فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما
ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا
اشترى بالرطب فانقطع اوانه واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف
وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا
بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا
كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت
نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة
لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة
ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير الذي بيناه ولو استقرض
فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية
فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر
ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله
يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب
مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز
وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس
جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد
لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف
الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو
قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع
بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله
انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون

الدرهم

وضم الذمة الى الذمة في المطالبة لانه لو وجب الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل يصير الدين الواحد دينين
والحكم لا يترك الا لضرورة ولا ضرورة لان سعي الكفالة لا يثبت الا المطالبة بما على الاصيل والمطالبة
قد ينفصل عن المطالب به كالوكيل بالشراء يكون مطالبا بالثمن والثمن على الموكل حتى لو ابراه الموكل عن الثمن
جاز واذا انعدمت الضرورة لم يجعل المطالب به في ذمة الكفيل ٥

الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح
سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز
وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في
الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظة الاعطاء
كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة
جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون
نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رحمه الله وفي اكثر نسخ
المختصر ذكر المسألة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاصح هو الاول قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة
بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة
بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وهذا
يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب
مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن
تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس
فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا
قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى
فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او
برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم
يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام
او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته
ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم او قبيل به لان الزعامة
هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف
ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وعلى هذا لو قال
بالفارسية آشنائى وى برمن لا يكون كفيلا ولو قال وى آشناست بكون
كفيلا قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره

ای درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة

وجه رواية انهما صفقة واحدة فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما شيع الفساد على قول ابي حنيفة ٥

انما ذكره المص رحمه الله دفعا للطعن عن القدوري فانه وقع في بعض النسخ المسألة الاولى واجاب بالجواز مطلقا وليس كذلك بالاجماع فيكون خطا وقع من الكاتب اما عنده فظاهر لانه يبطل في الكل واما عندهما يجوز في الفلوس ويبطل في الباقي ٥

قوله والاول اصح لان جعل الدين الواحد في حكم دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ووجه الضرورة انه اذا ادى الكفيل المال الى رب الدين يصير الكفيل على المديون دين لانه اداه بامره وقد كان لرب المال على المديون دين فيصير دينين ٥

اما حقيقة كما اذا قال تكفلت بنفسه او بجسده او عرفا كما في قوله تكفلت بوجهه او برأسه ٥

الكل العيال قال تعالى وهو كل على مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم ايضا ومعناه اليتيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال من يعوله اي يعونه وينفق عليه ٥

يكون

اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة فلعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه قلنا ولعلهم فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه لان كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار

وبينها

وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يدرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة

الى الذمة فى المطالبة وذلك تقتضى قيام الاول لا البراة عنه الا اذا شرط فيه البراة
فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل
تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم
بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
منه فلا يمكنه التمليك من الثانى اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق
قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلى او ما ذاب
لك عليه فعلى او ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل
ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل
قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة
وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان
هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة
ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فصح الضمان به وان لم تقم
بالبينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان
اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية
له عليه ويصدق فى حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه
وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف فى حق نفسه وفيه
نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد
رضى به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل
بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى
ما ضمنه اما اذا ادى خلافه يرجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة
الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملك المحتال عليه لما ذكرنا فى الحوالة
بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شىء حتى يملك
الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة
لانه اسقاط فصار كما اذا ابرا الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب
المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدى عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل
بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان

حتى اذا احال ولم يكن للمحيل دين على المحتال عليه فادى المحتال عليه الى المحتال رجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما ادى لان المحتال عليه بعد الدين صار بمنزلة الكفيل والكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى فكذا المحتال عليه يرجع بما ضمن ولذلك لو وهب المحتال له الدين للمحتال عليه او تصدق عليه او ورث من المحتال له او ادى دنانير او زيوفا من الدراهم فانه يرجع على المحيل بالمال بمنزلة الكفيل ه

لوزم

لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان
له ان يحبسه لانه لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرا الطالب المكفول عنه
او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه
فى الصحيح وان ابرا الكفيل لم يبرا الاصيل لانه عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل
بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل
لم يكن تاخيرا عن الذى عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف
ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين
حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح الكفيل
رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الاصل لانه اضاف
الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل
ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة اذا كانت الكفالة
بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان
صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال
(اى ما وجب بالكفالة وهو المطالبة)
ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه
(المكفول له)
ضمن له بامره لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا
يكون الا بالايفاء فيكون اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل
على المكفول عنه لانها براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء
ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت
(وهو براءة الكفيل الاول لانه)
الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر
ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل فى جميع ما ذكرنا اذا
كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراءات ويروى انه يصح
لان عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا
لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه
الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة قال واذا تكفل
عن المشترى بالثمن جاز لانه كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه
عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح
عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا

اى قوله برئت مثل قوله برئت الى ه

جاء زيد فانت طالق

اذ الحدود شرعت زواجر قبل الوقوع وجوابر بعد الوقوع ه

بان يقول الكفيل للمشترى ان هلك المبيع فعلى بدله

والمقبوض على سوم الشراء او المغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس **قال** الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه **قال** رحمه الله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق **قال** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين ولا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه

ابن

وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه **قال** واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له **قال** ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد **قال** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر

الا لحق الشرع

روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم فظهر عليكم عدوكم

معنى قوله تعين علي حريرا اشتر لي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني

نزع ابتداء او انتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفى الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته وان لم يكن مشروطا فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع ولا هو اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب فى الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل فى الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة فى ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشترى ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام على البزدوى رحمه الله واما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها وحصته منها والرواية باو وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى وان قال ضمنت لك

عن فلان

والنوائب يعنى اذا قسم الامام ما بها على المسلمين فاصاب من تلك القسمة شئ

اى قبل هذا القول والرهن والكفالة بالخراج جائزة فى الخراج لانه دين مطالب ممكن الاستيفاء ه

قوله وهو يخالف الزكوة اى الخراج يخالف الزكوة لان الخراج دين مطالب به من جهة العباد ولان الدين وجوب مال فى الذمة بدلا عن شئ آخر والخراج بدل عن منافع بخلاف الزكوة لان الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شئ آخر ه

وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففى صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ رحمهم الله ه

عن فلان مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفى الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه فى الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما فى الخيار اما الاجل فى الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعى رحمه الله الحق الثانى بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثانى والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل اوايل الزيادات فى ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد يقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابى حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما فى النصف اصيل وفى النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثانى مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفى الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم

فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفيل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بجميع المال لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا فلهذا ياخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبته على وجه

يخلفها

يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد تصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه قال ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد والانضمام وبدل السعاية كمال الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توي لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة

وقالا هذا ان وجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس
لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد و رائح قال واذا طالب
المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه
مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا
وهو ينكر والقول قول المنكر والحوالة لا تكون اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون
بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال
بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو
ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع
رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جايز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ
لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب
لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد
في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال
الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته
به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لو تعلق حقه به
بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض
استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عن قرض جر نفعا

كتاب القضاء باب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل
الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما
من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء حتى لو قلد يصح الا
انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو
قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل
وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق
لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه
من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في
اصابة الحق حذار النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد
شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي هو يقول ان

القضاء في اللغة عبارة عن الاحكام وفي الشرع عبارة عن الالزام القضاء بمعنى الالزام وبمعنى الاخبار وبمعنى الفراغ وبمعنى التقدير وبمعنى اقامة الشيء مقام غيره

الولاية بتنفيذ القول على الغير شاء او ابى

الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولنا انه يمكنه ان
يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه و
ينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا
عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد
الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل
بالقياس في المنصوص عليه وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات
الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء
لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة
ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف
العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره
بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكانما
ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك
عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا
كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد
واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها
لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه
ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل
على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل لان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه
في نوبته والتابعون تقلدوا من الحجاج وهو كان جايرا الا اذا كان لا يمكنه من
القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن
قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات
وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء
ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في
الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال
القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة
المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا
يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في

اي يصل الى الهلاك من غير طريق الموضوع الى الهلاك كالمذبوح بغير آلة الذبح

هو اهلا للقضاء

والحديث محمول على القاضي والجابر الا انه اطلق لان الغالب ان المبتلى بالقضاء قلما يسلم عن الميل فاطلق ولم يقيد باعتبار الاغلب

خواهرزاده

حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر
لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست
بمقبولة لاسيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه و
ينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال
حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به البينة او يعترف
به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف
الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد
كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم
اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقول هو لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه **قال**
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد
الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك
وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انما بنيت
المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه
والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات
ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده
لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد
او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في
داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك
لان في جلوسه وحده تهمة **قال** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن
جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى
على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل
هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة
ويدخل في هذا الجواب قريبه وغيره وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة
كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها **قال** ويشهد الجنازة
ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة
حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ذلك ولان فيه تهمة **قال** واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال
لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر

قال ولا يسار

قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر
فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم
لانه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد
بكذا او كذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصمين واستحسنه ابو يوسف رحمه الله
في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص
والتكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي و
طلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء
المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في
اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه
لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره **قال** واذا
امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد
كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره
دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله
قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له
مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي
اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة و
اليسار عارض ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول
الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان
القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة
حتى تسقط النفقة بالموت بالاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق
ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول
قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال
وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة اشهر الى ستة اشهر
والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه **قال**
فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة
فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في
رواية وعلى الثانية عامة المشايخ **قال** في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه و
بين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد
حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت
مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته
لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد
كالحد والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك
لسقوطها بمضي الزمان

كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان
شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا
بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه
بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى
وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه
الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف
لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل
في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد
دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها
وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون رحمهم الله قال ولا يقبل الكتاب
الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة
تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس
بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال
ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم
ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان
علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم
كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من
ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان
الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة
السرخسي قول ابي يوسف رحمه الله قال واذا وصل الكتاب الى القاضي لم يقبله الا بحضرة
الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه
للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر في ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان

القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه
ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه و
خاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب
بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود فانما
يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على
القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه
التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا
لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء
الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ
الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود و
القصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما
على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

قال ويجوز قضاء
المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس
للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون
التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه
على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك
القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة
وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل
واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع
بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به
القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى مجتهدا
فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول
باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه
ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه
النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ
عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة
المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف
وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به

القاضي في الظاهر تحريم فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال
وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر
من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا
ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه
يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو
انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي
يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة
القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر و
هذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب
وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق
لان في الاقراض ابقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة
ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح
الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم
رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما
وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط
اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان
يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه
مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا
رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك
الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود و
القصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود و
القصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية
على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في
ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص الا اذا اثبت
القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا
بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما

على تحكيمهما

على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم
لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء
لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم
لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه
كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر
بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما
تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في
ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل
عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر
والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من
توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب
منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا
في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا
حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها
حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح
ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق
في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان
يفتحوا الان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون
في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي
هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح
ان شاء الله تعالى والمدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا
لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا
في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه و
اقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور
التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها
تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل
جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه

بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعدّ مناقضاً بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لانه لما جحد كان فسخاً من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كانت لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضاً ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحاً او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا **قال** ومن ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضاً ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا يرى انه يقال قضي بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضاً لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعاً زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله انه تقبل اعتباراً بما ذكرناه ووجه

الظاهر

الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضاً بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلاً على ما مر **قال** ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبر للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضاً ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضاً **قال** ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع او انه ابنه حي فيكون اقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضاً وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقراراً على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابناً معروفاً ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح **قال** واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً

غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غايبا لان الموت يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امراة الغايب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء للميت مقصود واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه فصار كما اذا قامت البينة بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال

زفر رحمه الله

زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد لا يدخل لانه سبب مؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظة المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل منهم لا يلحقهم ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد

مجبوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم وأن أمر القاضي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل
القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان
بإنابة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه **قال** ويرجع الوصي على الغرماء لأنه
عامل لهم فإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة
التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه
إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له

فصل آخر

وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب
فاضربه وسعك أن تفعل وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى
تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة
إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه ووجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه
عن التهمة ولأن طاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الشيخ الإمام
أبو منصور الماتريدي إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ و
الخيانة وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر فإن أحسن وجب تصديقه وإلا فلا وإن
كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة
قال وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت
بها عليك له فقال الرجل أخذتها ظلماً فالقول قول القاضي وكذلك إذا قال قضيت
بقطع يدك في حق إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين
أنه فعل ذلك وهو قاض ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان
الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله
في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي
لا يضمن أيضاً لأنه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معايناً
ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي
أيضاً هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا
قال طلقت وأعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهوداً ولو أقر القاطع
والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول
القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره
بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ
قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله

في قضائه

في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا
يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي
لقوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن
يكتمها فإنه آثم قلبه وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق
والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار لأنه بين حسبتين
إقامة الحد والتوقي عن الهتك **قال** والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم من ستر
على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم
وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر إلا أنه يجب أن يشهد بالمال
في السرقة فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولأنه
لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه **قال**
والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا تعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى
ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت
السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء
في الحدود والقصاص ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال
فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص
تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل
فيها شهادة النساء لما ذكرنا **قال** وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة
رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح والطلاق و
الوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في
الأموال وتوابعها لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع
منهن وحدهن إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً
فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى
عليه أهلية الشهادة وهي المشاهدة والضبط والأداء إذ بالأول يحصل العلم للشاهد
وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل إخبارها ونقصان الضبط
بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا تقبل

أي الشبهة البدلية

فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر الحرج قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا سقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع واما شهادتهن على استهلال الصبي فلا تقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها

فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيها يسأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في ساير الحقوق لان القضاء مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جايز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من راى ان يسأل عن الشهود لا يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله تضم تزكيته الى تزكية آخر لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولهذا ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العبد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد

بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
وقال ويقول اشهد انه ابنه ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب
لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا
كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد
بشئ لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة
بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم
يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه
ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان
يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة
وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد
القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يومن
عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك
لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره
بها قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه
الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء
اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة و
ذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة
بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز
للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب
ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت
يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه و
يكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق
اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة
اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس
مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا
وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا راى

عينا

عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب على ما قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز
في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد
فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع
في اصله دون شرائطه لان اصله الذي يشتهر قال ومن كان في يده شئ
سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل
به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا
لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف
وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف
يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا
اذا عاين الملك بحدوده دون المالك يحل استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع
فيحصل المعرفة وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد
والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على
انفسهما فتدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة و
الاداء يختص بالقول ولسانه غير موؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في
الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
وبين المشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس
الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود و
القصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام

اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا اخرس او جن او
فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت **قال**
ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية
على غيره **قال** ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير
القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى
الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك
هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن لو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل
شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة
اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته
بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه
واجداده والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير
لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة
اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة **قال** رضي الله عنه والمراد بالاجير
على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو
معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او
مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها
قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان
الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما
ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس تقبل شهادته
بالاجماع ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه
من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به **قال**
ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او
من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى **قال** ولا لمكاتبه لما قلنا ولا
شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو
شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة **قال** وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه
لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض **قال**
ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث الذي في الردي من الافعال لانه فاسق

فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة **قال** ولا نائحة
ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة
والمغنية **قال** ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور
لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره
وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني ولا من يغني للناس لانه يجمع
الناس على ارتكاب كبيرة **قال** ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق
قال ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لان كشف العورة حرام **قال** او ياكل الربوا
او المقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من يفوته الصلوة للاشتغال
بها فاما اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط
في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة
وكل ذلك ربوا **قال** ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل
على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل
شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق
ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث
او ياكل متروك التسمية عامدا مستحلا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما
الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل
يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن التهمة في شهادتهم **قال** وتقبل شهادة
اهل الذمة بعضهم على البعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل
لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبرهم ولهذا لا تقبل
شهادتهم على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة
النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون
من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده
محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة
الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة الى المسلم ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره
اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول **قال** ولا تقبل
شهادة الحربي على الذمي اراد به المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل
دارنا وهو اعلى منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة

فان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع
الولاية وكذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن
قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت
شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي
الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة
المشروطة فلا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو
مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا
تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال
وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل
في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه
والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين
مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان
وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله
في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على
الشهادة الكاذبة قال واذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي
فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا
اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان
انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه
وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي
القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا
لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب
وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي
لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا

اجتناب

الالمام من اللمم وهو ما دون الفاحشة من صغار الذنوب

لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة وأما اذا تركه لعذر لا يسقط عدالته والعذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك

يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر
واجب والاشاعة حرام وانما يرخص فيها ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل
تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال
ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل منه لانه شهادة
على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه
البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة
من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذلك
لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا
علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة
ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي
تقبل قال ومن شهد ولم يبرح عن مكانه حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان
كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق
علي ذكره او بذكر زيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس
القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام
عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب
الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك
اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان
موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة
الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما
يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله
فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف
اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان و
الطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت
ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله
انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا

لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد
واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف و
خمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا
ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول
ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر
لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين فان قال المدعي لم يكن الا الالف
فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت
الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا
وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف
وقال احدهما بالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد
معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا
دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم ذلك ان لا يشهد بالف
حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا
على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض
لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي رحمه الله عن اصحابنا رحمهم الله
انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في
غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم
يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت
احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها
فلا ينتقض بالثانية واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان
قال احدهما بقرة والآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لا يقطع في الوجهين وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة
لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة فصار كالغصب بل اولى لان امر
الحد اهم فصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من
بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره
والبياض من جانب آخر والآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار
على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك

بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر
انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي
يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يدعي المدعي
اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي
هو العبد فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود
اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي
هو المرأة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان
الدعوى من جانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق
والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو
الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المدعي
هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع
وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز
بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي
ان قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود
من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل
فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف
في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح
ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان الزوج هو المدعي اجماع
على انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل
الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده
فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث
لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث
متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني
ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك

المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكرناه ان شاء الله تعالى
وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر
قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل قال وان شهدوا انها كانت في يد فلان
مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت
وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله
انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا
وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فيتعذر
القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه
معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي
مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى
المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت
في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز
الشهادة على شهادته ادى الى اتواء الحقوق فلهذا اجوزنا الشهادة على الشهادة
وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة
احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا
الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار كالمرأتين
ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة
الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على
شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع
كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره

حل له

حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد
ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي
بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من
هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع
على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان
القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع
وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال
ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام
فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس
عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة
ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي
يوسف رحمه الله انه اذا كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت
في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ
الفقيه ابو الليث رحمه الله قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل
التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة
من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف
وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا
عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة
الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الماخوذ عليهم النقل
دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم و
شهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل
لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين
على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري
اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة
نظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد من
آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي
لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد

بالنقل قال ولو قالوا في هذين الباب بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا اخذنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وستقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا

لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق واذا شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير

قال عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا ببيع شىء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنىً نظرًا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتًّا او فيه خيار البايع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانًا على شرف السقوط الا يرى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلًا ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداءً بطريق المتعة فكان واجبًا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعى رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل منهم تسبيبًا فاشبه المكره بل اولى لان الولى يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبًا لان السبب ما يفضى اليه غالبًا ولا يفضى لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرًا ولان الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهى دارية للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافًا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعًا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذى ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم فى التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود

فصاروا

فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتى السبب دون الشرط المحض الا يرى ان القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج ان يوكل غيره فيكون سبيل منه دفعًا لحاجته وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم وكل بالشرى حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى ساير الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليًا رضى الله عنه وكل عقيلًا رضى الله عنه وبعد ما اسن عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعى بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع منه ينسد باب الاستيفاء اصلًا وهذا الذى ذكرناه قول ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضًا وهو قول محمد مع ابى حنيفة وقيل مع ابى يوسف وقيل هذا الاختلاف فى غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء ولابى حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجرى فيه التوكيل كما فى ساير الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابى حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضًا او غايبًا مسيرة ثلثة ايام فصاعدًا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعى ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم لهما ان التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف

ذكر الجواز واراد اللزوم لان الجواز فى لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كما فى قوله الصلوة واجبة اى فريضة لكن الوجوب بلازم الفريضة لكن الوجوب يلازم الفريضة فاريد بالوجوب الفرض فكذا هنا

على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون ولان الجواب مستحق على الخصم ولهذا
يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف
على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر
لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم
اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز
وحضور مجلس الحاكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان
تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون
وعليه الفتوى قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه
الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل
مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه
يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد من ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان
صبيا لا يعقل ومجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ المأذون مثلهما
جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا
يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما
لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل
التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في
حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده
فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او
محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه
يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد
يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون
الموكل وقال الشافعي رحمه الله يتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم
وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول وكالوكيل بالنكاح ولنا
ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا
وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى
عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا
قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع
ويخاصم في العيب ويخاصم لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه
اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه

يعني يعرف ان الشراء جالب وفي البيع سالب والغبن اليسير من الفاحش لا نفس العبارة ، في مأذون الذخيرة

مجنون ع

في مسئلة

وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح
والخلع والصلح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل
فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير
محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح
له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط
فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب
الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو
جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة
والايداع والرهن والاقراض سفير محض ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي
محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة
والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف
الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه
لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل
ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم
في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين
تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده
ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ
ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي
ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة
تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا وفي القياس لا يجوز وان قلت الجهالة اعتبارا
بالبيع وهذا لان الوكيل يصير كالبائع من الموكل لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه
استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا
او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من
كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا
ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع
الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين
النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو

يبين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة
ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي
ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم
لما يدب على وجه الارض وفي العرف ينطلق على الخيل والبغل والحمار فقد جمع
اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح
تسميته مهرا وكذا الدار يشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف
الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان
سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع
الدابة بان قال حمارا او نحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها
طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما
في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على
ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل
ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق
قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده
لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم
الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي
في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل
بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل
بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون
الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق
من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو
الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف
الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض
الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من
ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا
اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من
جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه
من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن
لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى

يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان
الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز
عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان
لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند ابي يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البايع منه فكان
حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون بالحبس
للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه
وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل
بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشرى عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول
ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم
وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله
ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشرى عشرة ولم يامره بشرى
الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم
حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود
الآمر قال ولو وكله بشرى شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى
تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل
فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل
وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غايب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول
لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشرى عبد بغير عينه فاشترى عبدا
فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرى للموكل ويشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه
هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي
بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع
وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او
يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان
يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه
دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان
الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله
يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل
ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح
كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر
رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك
فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه
الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول قول
المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان
العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم
يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء
فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا فان كان امره بشراء
عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل
بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير
المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه
ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة
عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم امره لم يكن له لان الاقرار ارتد
برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا ويكون العهدة عليه لانه صار مشتريا
بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان
التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس و
الخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري
له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد
لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله
بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى

اي في باب البيع قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وهذا موجود في بيع التعاطي فكان بيعا صحيحا كذا

احدهما

احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء
فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها
موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة عليها الى شر قلت الزيادة او كثرت
فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول
قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام الا دلالة
والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان
التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من
(المتعارف فيما يتغابن الناس)
الالف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر
الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين
البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري
بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال
المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
ومحمد هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف
ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى
لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد
فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله
انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين
منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا
تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز
كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله
وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير
وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى
وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر
منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور
ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن الامانة والآمر
يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر
لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا

كانت معينة

قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة
وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة
البايع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي
جرى بينهما فيلزم الجارية المامور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له
ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع المامور
فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع
اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا
وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البايع والبايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله
اجنبي عن الموكل اذا لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور
رحمه الله وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا
قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى
اشتريته لنفسه فباعه على هذا الوجه فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه
اعتاق وشراء العبد نفسه قبول للاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع
عليه الحقوق فصار كانه اشترى نفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين
للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ
عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت
الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه
في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل يشتري العبد من غيره حيث لا يشترط
بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد
اما ههنا اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه
ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال اشتر لي نفسك من
مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح
وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث
انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر
صلح فعله امتثالا للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به
المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه اتى
بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل
لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف
واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز

ان يعقد

ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز
بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك
متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى
وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان
المنافع متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا
الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير
لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرى الفحم والجمد
والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا
المقايضة بيع من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او
بالعين متعارف ايضا عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل
ممنوعة على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان
من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان الولاية
نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد
منهما قال والوكيل بالشرى يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس
في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه
لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشرى شيء بعينه قالوا ينفذ
على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذلك الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا
كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه الناس ما لا
يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي
العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في القسم الاول ويقل في
الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع
عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق و
الاجتماع الا يرى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى
وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل

ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج
الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشرى عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف
فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان
موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر
البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان في
الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه
والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال رحمه الله
ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب
لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر
لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه
عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء
او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد
حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل
فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك اذا رده عليه بعيب يحدث مثله
ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه
باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر قال فان كان ذلك باقراره لزم المأمور
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له
ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب
يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع
ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن
حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان
العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في
رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في
وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد
بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد
فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر
يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال واذا اختلف في ذلك المضارب

ورب المال

ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك
التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب
المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه
سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا
ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف
والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع
في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق
وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما
بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعله نيابة وقد انابه في قبض الدين دون
الكفالة واخذ الرهن والوكيل يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

اذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر
وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما
لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي
في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها
متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة
قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده
او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة
المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما
فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون
التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس يتفاوتون في الآراء قال الا ان
يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه
واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا
ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان
وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول
وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان
يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر
الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا
وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه فوض اليهما مع تقدير

اذا باع المضارب نسيئة فقال رب المال امرتك بنقد فقال اطلقت صدق المضارب
درر

الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر
الثمن وقد فوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن **قال**
واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي حرة صغيرة مسلمة او باع او اشترى
لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الكفر والرق يقطعان الولاية الا يرى ان
المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم
حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر
المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا
يفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك
لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان
نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية و
ذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل
وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

باب الوكالة

بالخصومة والقبض **قال** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله
هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا
ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل
بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه
وهو قاضٍ على الوضع والفتوى على ان لا يملك **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة
لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف
الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة
حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن
على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها ولابي حنيفة رحمه الله
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه
جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة
والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما
قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما
قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما
فيها **قال** والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع

لانه امين

لان الخصومة فانه ما لم يقبض ولان المقصود بالخصومة الوصول الى الحق وذلك يكون بالقبض والوكيل بالشيء يملك تحصيل ما هو المقصود به ة

في اساس اللغة تقاضيته ديني وبديني واستقضيته واقتضيت منه اي اخذته ة

لان وضع الالفاظ لحاجة الناس والناس لا يتفاهمون معنى الوضع فصار المجاز بمنزلة الحقيقة والحقيقة بمنزلة المجاز لحاجة الناس يعني ان الوضع في التقاضي بمعنى القبض الا ان الناس استعملوا في المطالبة فكانه وضع في المطالبة لا في القبض فصار الوضع الاصلي مهجورا والمتعارف حقيقة كذا في فوائد الهداية لمولانا حميد الدين رحمه الله

لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض
عبد له فاقام الذي هو في يديه البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب
وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم حاضر
فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده
حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل
عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا **قال** وكذلك العتاق والطلاق وغير
ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على
الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق
قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه
ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه يخرج عن الوكالة
وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي
لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة
وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا
يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد
بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيهما الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق
المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى
الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه لم يملكه وعن محمد رحمه الله انه يصح لان
التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين
الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وتخير الطالب فيه فبعد ذلك
يقول ابو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء
فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا
والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له
لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة
على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار
مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما
قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا
في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره فلو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته
فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا تقبل لكونه

اي التوكيل بالخصومة صحيح بالاجماع

يعني اذا اطلق الوكالة بالخصومة ة

اي الجواب المستحق يختص بمجلس القضاء ة

اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه ة

مبرئاً نفسه فينعدم بانعدام لازمته وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه **قال** ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانياً لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقياً في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره **قال** الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعايه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع اليه وكذا اذا دفع اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المؤدى صار حقاً للغايب اما ظاهراً او محتملاً فصار كما اذا دفع الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقرار له بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره فصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حياً كان اقراراً بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق **قال** ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب **قال** وان وكله بالرد بعيب في جارية فادعى البايع رضى المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة

وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البايع فينتظر للنظر **قال** ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في العزل اضراراً به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده **قال** وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب مرتداً لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقاً لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله اعتباراً بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فيقدر به احتياطاً قالوا والحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير **قال** وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي

وهو حوله لان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرئ به نفسه فلا يصلح وكيلا ه

اي بعد موته ان ينقض قبض الوكيل ك

هذا اللفظ مروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسنداً الى المديون والضمير البارز راجعاً الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامناً عند دفع المال الى الوكيل ويقول له اضمن لي ما دفعت اليك من الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله ثانياً اخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون لو رجع عليك رب الدين ثانياً فانا ضامن لك به وهو صحيح ه ه

اي بعد موته اي لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته اي منسوباً اليه ومملوكاً له فكان انتصابه على الحال كلمة ما ه

اي قدما على الشراء والمودع المصدق شراه ك

اي الوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطاً على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل ليس له ذلك لان البيع صار حقاً للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق اكمل

مطبقاً اي دايماً يقال حمى مطبقة اي دايمة لا يفارق ليلاً ولا نهاراً ه

فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل **قال** واذا مات الوكيل او جن
جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه وان لحق بدار الحرب
مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد رحمه الله
فاما عند ابي يوسف رحمه الله فلا تعود الوكالة لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق
لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق
لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف
انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد و
المدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر
وعن محمد رحمه الله انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة
في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق
قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ
ينتظم وجوها مثل ان يوكل باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او
يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعل بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج
ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه
تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن
له ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها حيث
يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد
عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه لان
بيعه بنفسه منع له من التصرفات فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له ان
يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله
بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل
عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من لا يجبر على الخصومة ومعرفة
الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة
كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل
المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله
في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه

عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال
رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان
قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى
الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه
كلف احضارها ليشير اليها في الدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام
باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ
في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر
ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة
لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى **قال** وان لم تكن حاضرة
ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر
مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة
والانوثة **قال** فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه
به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف
به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر
الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان
الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر
لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابع لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما
يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد
المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده بل لا تثبت اليد فيه الا
بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف
المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من
طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول
هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق **قال** وان
كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا
المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سأل
المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف به قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه
فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله صلى الله عليه وسلم الك بينة فقال
لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف
قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه

يستحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا يرى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابى حنيفة رحمه الله
معناه حاضرة فى المصر وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
فاذا طالبه به يجيبه ولابى حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة
البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس ومحمد مع ابى
يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابى حنيفة فيما ذكره الطحاوى قال ولا ترد اليمين
على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافى
الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ وفيه خلاف الشافعى
قال ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال
الشافعى رحمه الله يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج
والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج
اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل
مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء
الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى
عليه وقال الشافعى رحمه الله لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعى فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل
التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع
الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغى للقاضى ان يقول له انى
اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه
بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال واذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول
وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء العذر
فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول
اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم
الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال واذا كانت
الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابى حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده فى النكاح
والرجعة والفئ فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان
وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف فى ذلك كله الا فى الحدود واللعان وصورة الاستيلاد

ان يقول

ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاى وهذا ابنى منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه
كاذبا فى الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجرى فى هذه
الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى
الحد ولابى حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود
وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا فى الانكار والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء
وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد
الماذون له بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو يقبضه
حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف
السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه
النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا
ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر فى
قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو
المال وكذا فى النكاح اذا ادعت هى الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال
بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا فى النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر فى اللقيط والنفقة
وامتناع الرجوع فى الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف فى النسب المجرد
عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن فى حق الرجل والاب فى حق
المرأة لان فى دعواهما الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج فى حقهما قال
ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس
لزمه القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما
فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة
من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولى يدعى العمد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدى فقطعها
لا يجب عليه الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لعدم الفائدة لا يباح وهذا البذل
مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص
فى النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما فى القسامة قال واذا قال المدعى لى
بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع
حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى

استحسان عندنا لان فيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق
عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح ولا فرق في الظاهر
بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله بينة حاضرة للتكفيل ومعناه
في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال
فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس
القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس والاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة
زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة
نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليذر وقال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد اشرك وتؤكد بذكر اوصافه
وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي
ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص
منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة وان
شاء القاضي لا يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ
على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك
لقلة المبالاة باليمين بالله ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عم
والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عم لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا
الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى عم ان حكم الزنا في كتابكم هذا
ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على
كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر
محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا
وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا
لان ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله
معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى
ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي
لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا

مكان

مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك
حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع
من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت
لانه قد تباع العين ثم تقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده
ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما
بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن
منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة
فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع
ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى
انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل
هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب
المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة و
الزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا
لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على
مولاه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا يرتفع بخلاف الامة والعبد الكافر
لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على
العبد المسلم قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم
له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات
لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا فاذا امتنع صار باذلا
وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البايع اكثر منه او اعترف
البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان
في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت
البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة
ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري

اولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى
اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما
ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة
فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم
كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع
يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع
ينكر فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى شيئا
لان المبيع سالم له بقى دعوى البايع فى زيادة الدين والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه
لكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة
بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشترى وهذا قول محمد وابى يوسف رحمهما الله
آخرا وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشترى اشدهما انكارا لانه
يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فايدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع
يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رحمه الله يقول
اولا يبتدأ بيمين البايع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البايع خصه بالذكر واقل فايدته التقدم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن
بدأ القاضى بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف
ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين وقال فى الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه
بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف
يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك
وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ
القاضى البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد
منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى
بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن
اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم
القول بثبوته قال وان اختلفا فى الاجل او فى شرط الخيار او فى استيفاء بعض
الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
فى الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فى وصف
الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك
يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس

بوصف

بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الخيار والاجل
مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول للمنكر فى العوارض قال فان هلك
المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله والقول قول
المشترى وقال محمد رحمه الله يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعى
وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان
كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة
الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشترى ما يدعيه
وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى الى الفسخ ولا كذلك بعد
هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود
وانما يراعى من الفايدة ما يوجبه العقد وفايدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع فى احد الجانبين قايم
فيتوفر فايدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل
قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند ابى حنيفة رحمه الله
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى
مع يمينه عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البايع ان يأخذ الحى ولا شئ له وقال
ابو يوسف رحمه الله يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى والقول قول المشترى
فى قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة
الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابى
يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة رحمه الله
ان التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع اجزائها فلا تبقى
السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف فى القايم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد
من القسمة على القيمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة
القايم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء
عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ
له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن
الهالك بقدر ما اقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف
الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشترى فقد

صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القايم واذا حلفا ولم
يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد
الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح ان يحلف
المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن
الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ العقد في القايم
وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم
القبض فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع وايهما اقام البينة تقبل
بينته وان اقاماها فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكره في بيوع الاصل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بعيب فهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه
ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن
قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع
ينكره فالقول قول المنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا
لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه
على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني عليها والبايع منكر حقيقة وفي البينات
تعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدعي
ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى
ما ذكرنا من قول ابي يوسف رحمه الله قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه
بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس
لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على
البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع
غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد رحمه الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم عشرة
دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان
الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى
ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود
السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا
اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين
فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة

بينة

بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما
بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام
التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية
يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل
قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر
قضي بما ادعت المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما
ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل
ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله
لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا
يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رحمه الله بخلافه وقد استقصيناه
في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح
على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية
اذا كانت مثل مهر مثلها يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي
ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه
تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع
قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير
البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة قال فان وقع الاختلاف
في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة
يبدأ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته
ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف
في المنافع فبينة المستأجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه
من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين
بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عنده وكذا
على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة
لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين حينئذ انه لا عقد فاذا امتنع فالقول
قول المستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض

المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر
لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد
عليها بخلاف البيع لان العقد عليه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر
في الكل **قال** واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يتحالفان وتنفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد
معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره
العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى
ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل
بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق
عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان
قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة
لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما
يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان
الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف
ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا
الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في
الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم
وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو
للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث
مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى
وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما
يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته او آجرنيه
واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا
تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه
قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة
المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق

كما بينا

كما بينا من قبل ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما
بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة
كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان
الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة
لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود
فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله وقال الشهود اودعه رجل
لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله
الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي وان قالوا نعرفه بوجهه ولا
نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله لوجه الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله
تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه
بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه
حيث نسي خصمه او اضر شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال
الخمسة بتوفيق الله وان قال المدعى عليه ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان
يده يد ملك فقد اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع
الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل
عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه
على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان واقام البينة لا تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال
غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر
انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه واقامة لحسبة الستر عليه
فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فان قال
المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي
اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله
بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها والله اعلم بالصواب

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة
قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان البينتين

احداهما

كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران
او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث
تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل
واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم
نسخ ولان المطلق (اي المجوز) للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب
الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن التنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق **قال** فان ادعى كل
واحد نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحد من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل
لا يقبل الاشتراك **قال** ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول
اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر
البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد
فاقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان
القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا
لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل
بينة الخارج الا على وجه السبق **قال** وان ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما
في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين
يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل
الثمن فان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن لاحدهما ان يأخذ جميعه لانه
صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه
بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم
يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل
القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء وان ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول
منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به فان وقتت
احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما

مطلب يرجع الى تصديق المرأة

بتصادق الزوجين لان البينة اقوى من الاقرار ح

استويا

استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما
بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
الدلالة وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما
البينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لانه لا يقبل الرجوع لكونه
معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على
القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع
سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى
المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند
البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع
قال واذا ادعى رجل شراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما
في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين
بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر
تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة
فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك و
الرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون والمقبوض
بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء
والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض فان اقام
الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه
اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه وان ادعيا
الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة فللاول
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من آخر وذكرا تاريخا (اي تاريخا واحدا) فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم
يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت
الاخرى قضي به بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان
يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له حتى يتبين انه تقدمه شراء
غيره ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث

بينة الشراء اولى من بينة الهبة ح
من صاحب اليد في الاصح

وانما احترز به من ان يكون من اثنين
فانهما سواء ح

اي لا ترجيح للصدقة على الهبة بسبب ان الصدقة
لازمة حيث لا يصح الرجوع بخلاف الهبة ح

وهو المنع على الهبة كالهبة التي نصف
الموهوب بعد القبض ح

وصار كاقامة البينتين على الارث
وهذا اصح ح

اما لو ذكرا تاريخين فالسابق اولى لاثبات
الملك لبايعه في وقت لا ينازعه احد الآخر فيه ح

من تلقيهم ٤

من باعتهم في رواية من باعهم و
كلاهما على طريق التغليب لان البائع
من الجنس الاربع فكان المراد من تلقيهم ٥

الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا
لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق
قال وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك
اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية
عن محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على
مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة
مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف
لو كان الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق
ووقت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال
ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في
دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد
انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا
اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية
الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف رحمه الله
ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح
في المعين كما اذا ادعيا الشراء ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم
فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام
الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان
البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد فيقضى له وهذا
هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينات ويترك في يده
لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقاما البينة على النتاج
عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة
على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان البينة على اولية
الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين
فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة
على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه

بتلك القضية

بتلك القضية وكذا المقضي عليه في الملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض
القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذا النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن
وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن
واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك
المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل
يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء
ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال
وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب
اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار
كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر
وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك
للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هاهنا ولان السبب
يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد
السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص
عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على
نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع
والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين
بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى
لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد
وهو جائز عندهما في العقار وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل
القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان
على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه
اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال رحمه الله
وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين
علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف

المرعزى
بكسر الميم وسكون الراء وكسر العين المهملة
وتشديد الزاء المعجمة وقصر الالف
الشعر الخفيف تحت من شعر المعز
الخز اسم الدابة ثم سمي ما يتخذ من وبرها

قال وإذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما
البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت
منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة
وصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف سهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه
المسئلة نظاير واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات قال ولو كانت
في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في
النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يد صاحبه ولا يدعيه لان مدعاه النصف وهو
في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى
فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد البينة انها نتجت عنده
وذكرا تاريخا وسن الدابة توافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح فان
اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف
سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين
فيترك في يد من كان في يده فان كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما
بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع

واذا
تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه
اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب
اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا
تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا
في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا
في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان
القعود ليس بيد عليه فاستويا قال وان كان ثوب في يد رجل وطرف منه
في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق
قال واذا كان في يده صبي وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد
نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر
بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر
عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله
لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او
متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس

بشئ

بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة
تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن
جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار
للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط
ولاحدهما هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة
فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما
اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذوعه في رواية وفي رواية
لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما و
القياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني
ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع
دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان
الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
فالاول اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال
اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن
ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا
وهذه رواية الطحاوي رحمه الله وصححها الجرجاني رحمه الله قال واذا كانت
دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا
يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة
انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم
القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان
اليد حق مقصود فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت
في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في
يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس
وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد
فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى ووجه الاستحسان ان

كيوم ولدته امه بالبناء على الفتح لاضافته الى الماضي
وكذا كل ظرف اضيف الى الماضي مبني على الفتح
واختلف في المضاف الى المضارع من الكفاية

اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب
على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين
انه باع ام الولد فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق
وان ادعاه المشترى مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى لانها اسبق
لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين
من وقت البيع لم يصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد
والحجة الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل
البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة
تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل
من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشترى لانه احتمل ان لا يكون العلوق
فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد
حر والام ام ولد كما فى مسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك فان مات
الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام
لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الام فان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب
فى الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان
الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن
كله فى قول ابى حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه
باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما
متقومة فيضمنها قال وفى الجامع الصغير اذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها
فولدت فى يد المشترى فادعى البايع الولد وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته
من الثمن ولو كان المشترى انما اعتق الولد فدعوته باطلة ووجه الفرق ان الاصل
فى هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفى الوجه الاول قام المانع من الدعوة
والاستيلاد وهو العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد وليس من
ضروراته كما فى ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح وفى
الفصل الثانى قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفى التبع وانما كان
الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا
من هذا الوجه ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية

وفى الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه
لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله فى الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن
قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت قال ومن باع عبدا
ولد عنده وباعه المشترى من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع
يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او
اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض
فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه
المشترى اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من
المشترى لا يحتمل فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما
منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا
لان التوامين ولدان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر وفى الجامع الصغير اذا كان
فى يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشترى ثم ادعى البايع
الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى لانه لما ثبت نسب الذى عنده لمصادفة
العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الاخر وحرية
الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشترى وشراءه لاقى حر الاصل
فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصورا لحق دعوة
البايع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق فى ملكه
يثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام
شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبى فى يد رجل فقال هو ابن
عبدى فلان الغايب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو
ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان
لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان مما لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه
الاكراه والهزل وصار كما اذا اقر المشترى على البايع باعتاق المشترى وكذبه البايع
ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا
من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابى حنيفة
ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله وكذا يرتد بالرد فيبقى فيمتنع
دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير وردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا

لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد
فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو
اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن
يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فينقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره **قال**
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن
النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي
في هذا اوفر فانه ينال شرف الحرية وشرف الاسلام حالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت
دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين **قال** واذا
ادعت المرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان
تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل
لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب
فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة
فلو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر في الطلاق وان لم
تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها
وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه
التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها
وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام
الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهذا نظير ثوب
في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما
الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها
قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد
يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد
منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين لان النظر
من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد
حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم
الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا
لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب

نظ

يغرم

يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره واخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته له
ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له
سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفائه منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما
قال رضي الله عنه اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم
رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة
قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح
اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين
برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف
الحد والدم لانه على اصل الحرية مبقى في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى فيه على العبد ولا بد
من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام
الا اذا كان الصبي مأذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار
لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها
او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف
الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من
جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه
لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان بصحيح فان قال لفلان علي
شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها
فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له
اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا لو قال لفلان علي حق لما بينا وكذا
لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة
اي اعتمادا ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل
والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال
موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني
عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي
نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا

القاضي اح

اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس
وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب
ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع
وان قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه
مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة
دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هذا الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال
دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله فينصرف
الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر لانه ذكر
عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا
وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما
فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه ولو
ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون ولو ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره
ولو قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان
على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا
حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال وفي بعض
نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي
قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال
عندي او معي او في بيتي او كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك
اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له
رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني او قد قضيتكها فهو اقرار
لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن
الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى
المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى
الابراء بالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي
سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر
بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه
بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف

الاقرار

الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف
المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه
كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو
القياس في الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها
بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان
وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا
فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم و
الدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها
فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة
اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف
فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن اقر
بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه
ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف
فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من جوالق
او من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة
في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن
اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن و
الحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ولو اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان
قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف فان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب
في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال
ثوب في عشرة لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا لان
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رحمه الله
ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي
فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف
فتعين الاول محملا ولو قال علي خمسة في خمسة يريد الظرف والحساب لزمه خمسة
واحدة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه
في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من
درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء

ومابعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله
يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال من له داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله
ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار
صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما
وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته
لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين
حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان
ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار
من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار
مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد
المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل
صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر بشرط
الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة
ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن
الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه
الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه
في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار
او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا
لم يصح الاستثناء وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما لمحمد رحمه الله
ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله
انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية الدينار
ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب
بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم
وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح ومن اقر بحق وقال
ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق
فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط
او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا

مت اواذا

مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون
تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار
واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا
لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء
في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل
فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما
اذا قال مكان العرصة حيث يكون للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار
بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا
بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه
هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت
بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما
بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له
وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد
عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه
دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر
ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا
اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله
ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال
رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة
مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاف بالسالة توجب
هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان
موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل
لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول
قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان
وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون
القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه
للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عبدا الا اني لم اقبضه والقول قوله بالاجماع لانه ليس

من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر
او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم
يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر او الخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا انفصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه
انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق
وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم
قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان
قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء
وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف
الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه فصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة وله
لابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة
عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن
فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة
لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر
حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة
عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول في القرض يصدق وفي الزيوف
اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر
ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف
ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل
لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق
وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا
تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة
بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا
بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص
بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان

ولو قال امانت موارث لفلان ثم ادعى انه وارث
ومن الحصة يصح لان الساقض ... لا يمنع
صحة الدعوى

الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد
من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل
صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف
واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل
ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب
ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لاخر اخذت
منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول
اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون
القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان
وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء
فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع
بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول
للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له
يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكر فافترقا وان قال هذه الالف كانت وديعة
لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى
استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول
الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة
والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان
الثوب ثوبي فهو على هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة
وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية
تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدما فيما وراء الضرورة
فلا يكون اقرارا باليد له مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة
والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه
اخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون
القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة
وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مراده

الستوقة

الوفق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واخواته لانه
ذكر الاخذ في موضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضاً وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت
من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفاً ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون
القول قوله لان الديون تقضى بامثالها فالقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب
الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا المقبوض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلاناً زرع هذه الارض
او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر
بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلت باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد
انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط
قميصي هذا بنصف درهم ثم قال قبضته منه لم يكن اقراراً باليد ويكون القول للمقر
لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا ٠ ٠ ٠ ٠ ٠ والله الموفق

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في
مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال
الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار
الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف
مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي
اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع
والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف
المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق
بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة
لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة الحجر
فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك
مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها
وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح
اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء
دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك
سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال
فاذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان

الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال
وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له اولى
من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان
قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم
حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال
الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار
كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية
لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع
على الوارث اصلاً ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء
والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في
الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة
مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضاً ثم هذا التعلق حق بقية
الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال ولو اقر لاجنبي جاز وان
احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا
نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره
فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند
الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان
التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم اقر لها بدين
فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود
للوارث فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في
اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضاً لان النسب مما يلزمه
خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر
وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه
لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل
ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث
لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك الورثة في الميراث
الى ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه

اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج و
المولى لما بينا ولا تقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه
الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بالولادة قابلة لان قول القابلة في هذا
مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من
تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت و
كذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان
الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح
التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم
لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب
او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث
المعروف وان لم يكن له وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف
في ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان
لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر
باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا
نصفين لكنه بمنزلتها حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى
بماله كله لانسان كان له للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح
لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه
لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا
ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق
لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في العتق ومن مات وترك
ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر
وللآخر خمسون لانه اقر بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون
فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض
على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور ٥٥٥٥ وبالله التوفيق

كتاب الصلح

الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير

ولقوله

ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة
لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه
يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا
وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ
الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا
عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع
ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز فان وقع الصلح
عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع
وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان
عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط وخيار الرؤية ويفسده جهالة
البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط و
يشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات
لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت
فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار
في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة
لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين
وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت
كونه عوضا في حقه بالشك واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه عن انكار
او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم
المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي
يأخذها عوضا عن ماله فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان
المدعى عليه يكذبه واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع
المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق
في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع
المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع
خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في
يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته و
رجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض وان استحق

المصالح عليه وكان الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة فان استحق
بعض رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله
او بقدر المستحق ان استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا
باعه بالعين المدعاة على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعا لان الاقدام على البيع اقرار
منه بالملك له بخلاف الصلح لانه يدفع المال لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل
التسليم فالجواب في الاستحقاق في الفصلين ومن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح
من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون
فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع
بكله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان
ما قبض من عين حقه فيكون هو على دعواه في الباقي والوجه في احد امرين اما
ان يزيد مع بدل الصلح درهما فيصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة
عن دعوى الباقي **فصل** والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى
البيع على ما مر **قال** والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان
الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل
ما امكن **قال** ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة
النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح مسمى ههنا لان كل واحد منهما مبادلة المال بغير
المال الا ان عند فساد التسمية يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر
لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب
الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في
النفس وما دونه وهذا بخلاف ما اذا صالح عن حق الشفعة على مال حيث لا
يصح لان الشفعة حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل
في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح بطلت الشفعة لانها تبطل
بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح
عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو
جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على
قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص
حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد
وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة

ولهذا لو صالح من دم العمد على سكنى داره
او خدمة عبده سنة جاز

صورة فساد التسمية وهي ما اذا صالح على مال غير
معين وصورة عدم التسمية وهي ما اذا صالح على خمر
هـ

اي مهر المثل يجب مع السكوت عن المهر وهنا صالح
عن خمر كانت التسمية معدومة وكان بمنزلة السكوت
حكما فيجب مهر المثل
هـ

بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي
احد مقادير ها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان
مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق
التعيين فلا يجوز الزيادة على ما يعين **قال** ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى
لا حقه فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب
ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذلك لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة
فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق جواب الكتاب حد القذف
لان المغلب فيه حق الشرع **قال** فاذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته
على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في
جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ
فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه **قال** وان ادعت امرأة نكاحا
على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها
قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك
الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم
يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح **قال** وان
ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في
الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز
الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء **قال** واذا
قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا
عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف
فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه
فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه
ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم
جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب
فيه هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض
لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك
باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة

مقادير ها فان القاضي لو قضى باحد مقادير ها ثم انهما
صالحا على نوع آخر بالزيادة على ذلك النوع فانه يجوز
هـ

اي لا يجوز اذا كان الصلح ابتداء على احد مقادير
الدية زائدا على قدر الدية لان تراضيهما على بعض
المقادير بمنزلة القضاء ولو قضى القاضي باحد
المقادير زيادة على مقدار الدية لا يجوز فكذا هذا
ك

صورته رجل اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر
او اخذه في شرب خمر واراد ان يرفعه الى الحكام
فصالح المأخوذ على مال على ان لا يرفعه الى السلطان
فالصلح باطل ويرجع الى ما دفع من المال وكذا لو
ادعى رجل على رجل قذفا فصالح المدعى عليه بدراهم
على ان يعفو عنه
ك

وجه الثاني ان هذا الصلح لا يخلو اما ان يجعل فرقة او لم
يجعل فان جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانب
الزوج اذ لا يسلم له شيء بهذه الفرقة وانما المرأة
هي التي يسلم لها نفسها وتخلص عن ملك الزوج
وان لم يجعل فرقة لكون الحال على ما كانت قبل
الصلح
هـ

ومعنىً لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة

قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد وكان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلاً فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه صلحاً بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقراً او منكراً وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلاً بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه لانه

جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا اجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطاً للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدراً ووصفاً وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطاً للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلاً للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال ادّ الي غداً منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غداً عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقاً فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه او لانه متعارف في الابراء

مما يتقيد بالشرط وان كان يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء انشاء الله تعالى
قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الى خمسمائة على انك برئ من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع

الدين

ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه ولو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم واذا لم يسلم لم يكن راضيا به ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض واذا ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يتصور ما دام في الذمة والقسمة هي التمييز ولو غصب احدهما عينا منه او اشترى فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض واذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني بالاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن

عوض عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه
ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر
التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة
ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان
كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت
التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه
اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا
عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في
هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة
دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان
صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال
واذا كان في التركة دين على الناس وادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه
ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح
وان شرطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه
اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا
قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن
في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال
الربوا وقيل يجوز لانها شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين لانه بيع والجهالة
فيه مانعة والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية
من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة
لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت
ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا ...

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح
بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف
فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف
لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس

بجائز دونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى المضارب
امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف
فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت
الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي
منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من
الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان
بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا يصح الا بالمال الذي يصح
به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة
في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة
وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان فاعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا
قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله
لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر
فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق
احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة
قال وان شرط زيادة لاحدهما فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر
فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح
لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولم يجاوز بالاجر القدر
المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله كما بيناه في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح
في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف
انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير
مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب
جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا
يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون
المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من
التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من
الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من
الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لا ينعقد الشركة وشرط العمل على رب
المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق
المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له

ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين م

وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان
اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا
واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده وان لم يكن من اهل
المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا مال
الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف
التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع
والمسافرة الا يرى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان
اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع اليه في بلده ليس له ان
يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده فله ان يسافر
الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب
الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله
لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل
فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع
لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملك وان قيل له اعمل برأيك لان المراد
هو التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به
الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة
والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال فان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة
فيتخصص وكذا ليس له ان يدفع بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج
بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة
وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ويرجع
المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه الى
المصر واشترى ببعضه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا
ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة
ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد

اي على الغرض فانه اذا اقرض عشرة يستوفي منه
احد عشر لا يجوز فلا يحصل الربح الذي هو الغرض
لم يتناوله اللفظ هو موضع يحصل فيه المقصود
وهو لفظ المضاربة

الى المصر

الى المصر الذي عينه اما الضمان وجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل
الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد
لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال
اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول
على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذلك اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له
او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء
للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو
للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح
التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان يشتري
بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة جاز لان فائدة
الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء
ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع
والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها
لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى فلا يتحقق فيه لعتقه ولهذا
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد
لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون
المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف
قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه
ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل
المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من
مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا
شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم
يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع له في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء
يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست
ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة
الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف
ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا

اي كان ماذونا من رب المال بتخصيصه بالنوع بجميع وجوه
الصرف فانه لم يخص المعاملة بشخص بعينه بل خص من
تعامل ذلك النوع اي معاملته من الصيارفة فعلم بهذا ان
المراد تخصيص نوع الصرف وكان له ان يشتري
من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لما ب

على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني
الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها تساوي رأس
المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل
لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند
حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب
عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه بالنسب
والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي
ولم يوجد وله أن يستسعي الغلام لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن
المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين
لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا
المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن
الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية
كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح و
توقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية
أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي
صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا
ههنا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن
بالدفع ولا يتصرف المضارب حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال وهذا رواية
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا عمل به ربح أو لم يربح
هو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي
يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه
المضاربة ولهما أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان
الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في
المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة
لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر
في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة

وعندهما

وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء
ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده
ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع يقبضه لمنفعة الأول فلا
يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن
ضمن الأول صحت المضاربة لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه
الذي رضي فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له
كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما
شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب
للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث قال فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له
بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب المال قال له
على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب
الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب
المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه
إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب
لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره
بنصف درهم وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب
الثاني الثلث والباقي بين المضارب ورب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف وجعل
لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق ثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل
لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان
وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين رب المال والأول لأن الأول
شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال
لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق
الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع إلى آخر مضاربة
بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه
جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون
للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه
بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو

مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون
المسمى معلوما في عقد تملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ولانه غره في ضمن العقد
وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه
الى من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح
ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا
معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية
اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون
واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف
اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون
الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى ولو عقد العبد
الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين
لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى بمنزلة
الاجنبي عنده على ما عرف **فصل في العزل والقسمة قال**
واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل
يبطل الوكالة فكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب
المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت
الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها
لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل
رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا
يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على راس
المال وانما ينض بالبيع **قال** ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا اخر لان العزل
انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله
وراس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعماله
ابطال حقه في الربح فلا ضرورة **قال** رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس
المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس
راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت راس
المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها **قال** واذا افترقا وفي المال

ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة
الاجير لان الربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل
محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء
لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه
وقال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة
وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان
باجرة عادة **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس
المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك
الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه
امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله
تراد الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل
استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد
المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب
ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله
واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص
فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك
المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد
فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا اخر **فصل**
فيما يفعله المضارب **قال** ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل
ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه
لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله
ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار
ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك
فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا
كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه يملك الاقالة
ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر
والاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث
يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب

وهو ما يكون من باب المضاربة

ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع
والشرى للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار
والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه
اذا قيل له اعمل برائك وهو ما يحتمل ان يلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل
دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب
المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت
مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة
وقوله اعمل برائك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة
وهو ان يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك
لانه يصير المال زايدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين فلو
اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ
السفاتج لانه من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا
ولا امة من مال المضاربة وعن ابى يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب
الا يرى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل
بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل
تحت المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى
رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب المال متصرف
في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء
ولنا ان التخلية قد تمت فصار التصرف فيه حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا
عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في
الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة
حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال
هنا فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقى عمل رب المال بامر المضارب
فلا يبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في
المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه وشراء وكراء
في مال المضاربة ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضى
ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوسا
بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر

بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر
به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال فلو بقى
شئ في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه
دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقى في المصر
وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي
ما تصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه
وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجارة وانما يطلق في جميع ذلك
المعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال
اما الدواء ففى ماله في ظاهر الرواية عن ابى حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح
بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم
الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في
مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع
مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان
العرف جار بالحاق الاول دون الثانى ولان الاول يوجب زيادة في المالية
بزيادة القيمة والثانى لا يوجبها قال وان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها
او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برائك فهو متطوع لانه استدانة على رب
المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين
مال قايم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف
القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قايم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا
صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برائك انتظام الخلط فلا يضمنه

فصل اخر فان كان معه الف درهم بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بالفين
واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب
خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضى الله عنه
هذا الذى ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع
على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الاخرة ووجهه انه لما نض المال
ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه
للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه
وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب
وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة

انه باع العبد على المضاربة لانه ليس فيه مابنا فى المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين و يظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربحا بينهما **قال** وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة و الاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع **قال** وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان فاذا فديا خرج العبد عن المضاربة نصيب المضارب الى بنياه ونصيب رب المال لقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلك يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة فى يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعده حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة فى يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل فى الاختلاف

فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت الى الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار

المقبوض وفى مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك فى الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هى بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعى الشركة فى الربح وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة فى يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن فى عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع فى حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه **قال** الا ان يقع فى داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابى حنيفة وقالا رحمهم الله اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول

الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى
ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر
بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا يصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على
المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء
يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير
جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة
وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه
فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله
يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركة بكل حال لان الجنس
لا يغلب على الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير
مائعا بالاذابة وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان
فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق فان انفق المودع بعضها
ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه
الذي تقدم واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه
او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان
وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت
نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم
حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد
فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ
عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود
الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فيتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه
بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد
فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها
عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع
طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان
بحضرته وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين

لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا يملكه
الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا
يرضى به فيتقيد والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار
وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى به
والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ
باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا واذا اودع
رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا
فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل
والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان
له ان ياخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا
بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين
المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس
من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان
وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعها اليه
قال وان كان اودع عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر
ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما
باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين وفي الوكيلين بالشراء
اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم
وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف
بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن
الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم
لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان
المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة
للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه المودع
ان يدفع الى احد من في عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة

دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكذا اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى
امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو
وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل
به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار
لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها
في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت
بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ
فيه عورة ظاهرة صح الشرط **قال** ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله
ان يضمن الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن
ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع
الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني
بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه
اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما
فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني مستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه
صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان في يده الف
فادعاها رجلان كل واحد انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف لهما وعليه الف
اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف
على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي
جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة
الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة فان نكل اعني للثاني
يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يوخر
ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب
لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الف اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد
منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف
حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي
البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني

وذكر

وذكر الخصاف انه نفذ القضاء للاول ووضع المسألة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل
الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا
العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه **قال** ينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا
لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه
عند محمد خلافا له وهذه فرعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

قال والعارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا
من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع
بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح
التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان
العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع
الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي
تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضارة ولان الملك يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وتصح بقوله اعرتك
لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه
الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم المنافع تجوزا **قال** واخدمتك
هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك
وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله
لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه آخره **قال** وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله
صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب
حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه **قال** والعارية امانة
ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد
وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه
لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن
وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد

مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون
بالعقد لان الاخذ فى العقد له حكم العقد على ما عرف فى موضعه وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره
فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشىء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا
لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفى وقوعه لازما زيادة ضرر
بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه
اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك
لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن
المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية فى يده دفعا لضرر الغرور بخلاف
ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعى رحمه
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا
لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة حكما فى الاجارة
للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك
الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الاجارة فيجعل كذلك
فى الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باستعمال المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن
المعير لانه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال رضى الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة
مطلقة وهى على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع وللمستعير فيه
ان ينتفع به اى نوع شاء فى اى وقت شاء عملا بالاطلاق والثانى ان يكون مقيدة
فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك
او الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة
فى حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم
شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان
كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب
غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة
تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة
وذلك بالهبة والقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة
الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة واما اذا
عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا
ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا

محلى

محلى يتقلده ولو استعار ارضا ليبنى فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها معلومة تملك بالاجارة
فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها
ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد
اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل
الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير
ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر
هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدورى فى المختصر
وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له
الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان
فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب
تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم
يوقت لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية
معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان
الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد
العين المستاجرة على المواجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد
ولان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين
المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر
عنه فيكون مؤنته عليه واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن
وهذا استحسان وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه
اتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها
الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم
يسلمه اليه لم يضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون
غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من فى عياله لانه لو ارتضاه
لما اودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر
لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه ومن استعار دابة فردها مع عبده
او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان
ان يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى
عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به

الا يرى انه لو ردّه اليه فهو يردّه الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردّها مع اجنبي ضمن وفي ذلك المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين جميعا لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول منه يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال صلى الله عليه وسلم اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك و

اما الثالث

اما الثالث فلقوله صلى الله عليه وسلم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا

لان العين فى قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا
ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عن قبض الهبة واذا وهب الاب
لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه فى قبض الاب فينوب عن الهبة ولا فرق بين ما
اذا كان فى يده او فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او
مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره او فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة
وكذا اذا وهبت له امه وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله وان
وهب له اجنبى هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه التصرف الدائر بين النافع والضار
فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب او جد
اليتيم او وصيه يجوز لان لهولاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان فى حجر امه فقبضها
له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال
فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان فى حجر اجنبى يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا يرى
انه لا يتمكن اجنبى آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا فى حقه وان قبض الصبى الهبة
بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة
يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد
موت الاب او غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب
ومع حضوره لا ضرورة واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد
قبضها جملة فلا شيوع فان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا
يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان
الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار
يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين
احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفى الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا
جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل
وفرق بين الصدقة والهبة فى الحكم وفى الاصل سوى فقال وكذا الصدقة لان الشيوع
مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد
بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقيل هذا هو
الصحيح والمراد بالمذكور فى الاصل هو الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا

لاحدهما

لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد رحمهم الله يجوز ولو
قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها فعن ابى يوسف فيه روايتان وابو حنيفة مر على اصله
وكذا محمد والفرق لابى يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك
فى البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض لما بينا

باب الرجوع فى الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبى فله الرجوع فيها وقال الشافعى رحمه الله لا رجوع فيها لقوله
صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد
التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه
جزءا له ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اى لم يعوض ولان
المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله
والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى
رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم
العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا
ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها
دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال
او يموت احد العاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما
اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبى عن العقد اذ هو ما اوجبه
قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد
الملك بتجدد سببه قال فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت فى ناحية منها
نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع
فى شىء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى
ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض
عظيمة يعد ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها قال وان
باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع
شيئا منها له ان يرجع فى نصفها لان له ان يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بطريق
الاولى قال وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك
ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر
الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو

ابانها بعد ما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا
عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود
وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض
الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع
والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه
وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله
يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء واذ
بالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم
له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها
رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود
وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه
قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء
لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع
بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في
الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا
له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف
السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق
وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو
غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب
بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان
تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه
الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء
لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان
بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا
بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن
البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا
بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء

لان الهبة

الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في
البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في
النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع و
الاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين
على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن
شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة
شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها
ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا
منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت
فاسدة والهبة لا تبطل بها الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط
المعمر بخلاف البيع لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد
في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر الف
درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك
نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من
وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا
ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف
على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق و
العتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده
لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط
لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى
ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان
مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر
فبطل واذا لم يصح يكون عارية وعندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

قال الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز
في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني يجوز استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني
الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر
ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه

لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله صلى الله عليه وسلم من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة فصار كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد من ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي يملك بنفس العقد

لان المنافع

لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقام تسليم المنفعة اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استأجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجر كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للخياط والقصار ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم وان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامها عند ابي حنيفة رحمه الله

وعندهما لا يستحقها حتى يشرجها لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله
فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه
ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زايد كالنقل الا ترى انه ينتفع
به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز
لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قايم في الثوب فله حق
الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل
التسليم وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان
شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال
والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية
الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء
الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس
وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين
لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة
تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض
المشتري بغير رضا البايع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان
يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه
وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاوه
بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين فصل ومن استاجر رجلا
ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر
بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا
معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب
فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر
مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل
الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به
وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك

الكتاب

الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض و
من استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر
له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على
قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان
العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل
كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا لانه
يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانه
منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة
تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان
المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض
السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى
يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع ما شاء لانه لما فوض الخيرة
اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها
او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة
الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما
ضرر بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر
المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال
الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب
الغرس والشجر الا ان ينقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه
على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال
وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان
الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل
لانه منفعة معهودة معلومة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء
عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب احدا ليس له ان يركب
غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه
نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيها ذكرنا لاطلاق اللفظ

وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها
غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس
فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا
فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد بعينه فله ان يسكن
غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه
قال وان سمى قدرا ونوعا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله
ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم
التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد
لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه
حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط
على ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها
ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر
عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطب بما هو ماذون
فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا تطيقه
مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة فان
كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل
فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما
هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة
فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية
قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى
الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا
يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجري على اطلاقه والفرق
ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد
الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح و
من اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه

لانه

لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان
زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم
يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن
لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة
وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون
المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ولانه لم
يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر
الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان
استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك
المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت
لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان يتفاوت يضمن لصحة التقييد لانه مفيد
الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان
طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر
لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس
ضمن لفحش التفاوت بين البحر والبر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع
الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها
لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها
فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها فلا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه
ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب
وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق
الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه
من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه
لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي
الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز الدرهم
المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله
ولو خاطه سراويلا وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة
والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه
فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال
ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر و
الشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له
ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا
الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع
لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا
فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور
الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل متى دخلت على ما لا نهاية له
تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه فاذا
تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور
معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني
صح العقد فيه ولم يكن للمواجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر يسكن في اوله
لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس
وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى
من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة
بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون
التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات
كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له
ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان
كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف
وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله الاول بالايام والباقي بالاهلة لان
الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدئ الثاني
بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز
اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة باجماع المسلمين
قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي
انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع
جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث

لان الفاسد ياخذ الحكم من الصحيح لانه لو لم
ياخذ الحكم من الصحيح [illegible] الفساد
و[illegible] الفاسد واجب الفسخ [illegible]
ياخذ الحكم من الصحيح

ولو عجل اجرة شهرين او اكثر فليس لهما ان
لاحدهما الفسخ في قدر ما عجل لان التعجيل
دلالة العقد [illegible] السرخسي

لقوله

لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار
على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل فيه ان كل طاعة يختص
بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليها عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا
يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام
اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت
مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
يتعين اهليته فلا يجوز اخذ الاجر عن غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر
المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض
مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الامور
الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على
الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد
قال ولا يجوز اجارة المشاع الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان
يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة
ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من
رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان
تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل
التمكن به ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما
للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه
ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف
في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان
القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة
ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر باجرة
معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي
والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع
على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب
الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر
بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله واذا ثبت
ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها

وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما
اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت
بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره
لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف
جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم
ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام و
بين قدره جاز ايضا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان
الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما
يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان
الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم
به صيانة لحقه الا ان للمستاجر ان يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت
كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي
ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل
عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من
غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما
ذكر محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان
ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لانه اختلف العمل ومن دفع
الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز
منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا
اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر
عاجز عن تسليم الاجرة وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو
قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر
حيث لا يجب الاجر لان الاجير ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن
استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل
لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة
فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا

يعني تاكل من الطعام الذي لا يضر للصبي لبنها او تمضغ الطعام ثم تطعم الصبي [illegible]

وقوله لانه اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى اي انما لا يجب الاجر لاختلاف العمل درر

اي لا يجب اجر المثل و المسمى لانه [illegible] الاجرة [illegible] المستاجر [illegible] عمل لنفسه فلا يتحقق [illegible]

في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم
فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم
فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاجارات
هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا
عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير
في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم
وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في
الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز
لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد
منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد
فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء
المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب
الفساد لان مواجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان
في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده
وقيل ان يكربها مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة
ولو كانت ثلاث سنين لا تبقى لتثنية منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول
بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها
ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا اجارة
السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى
جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم
النساء عندنا كبيع القوهي بالقوهي نساء والى هذا اشار محمد رحمه الله ولان الاجارة
جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف
جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه
على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين
عنده وبيع العين شايعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره
ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل لا وجود
له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم
المعقود عليه فلا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه
فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها

بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قايم

باب ضمان الاجير

قال الاجير على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه ان كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب بالدق وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المقصود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن

تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وفيه وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا باذن مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطبايع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل فلا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي العملين من هذين العملين عمل استحق الاجرة به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بزعفران فبدرهمين وان صبغته بعصفر فبدرهم وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا

اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة اشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر
انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة
على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته
غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة
لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان
لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر
اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر
الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين
ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيها
فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول
ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني
وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة
فيه وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف
درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه
الى ما بعد الغد اولى قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا
فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكن فيه حدادا
فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى
الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان
استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم
جاز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر
احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الرومية والفارسية
لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم
فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين مختلفين
صحيحين فيصح كما في الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه
الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد فكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع
وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر
اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه
كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة
في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه
الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ
من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك
العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار
هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذه
منه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد
صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير
محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد
المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجرة في قولهم
جميعا لانه ماذون له التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا
هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر
المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني
الى ما يلي الاول ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر
وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك
الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول
المؤاجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيرجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل
وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء
وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر
فقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته
الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا
لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء
ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء

ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في
بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب عملته لي بغير اجر
وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو
يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله
ان كان حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر
جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول
قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس
ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها
توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا
استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المواجر
كما في البيع وان فعل المواجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا
خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة لان
المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت
العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور
عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد ان الاجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر
وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن
فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة
لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة
بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل
الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط
الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو
كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمواجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار
ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع
الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط
بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا
يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المواجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار
وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد

عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل
ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه
لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة
لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر
فيه فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها
الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة
الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع
الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج الى قضاء
القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ
وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر
ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء ومن استاجر دابة
ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما
يذهب للحج فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك
بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المواجر فقعد
فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند
الضرورة دون الاختيار ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر
في المضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما
فافلس فترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوت مقصوده
وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط
والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس
بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة
فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعل عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين
العملين اما هنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق فالمنع من السفر
ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا اجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو
اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى

وذلك من مسائل منثورة قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصاد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة فيه وقد تفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية متعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه ولا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداية وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المسامحة

فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه وان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال وان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رحمه الله يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينها وبين الميتة

ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل
المشروط اما الميتة فليس بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك
بالتنصيص عليه واذا اعتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا
ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في
البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل
حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل
والممكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته
قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين
حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين
في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن رحمه الله
انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم
موهومة فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه
شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة
على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك
فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاتب
وهو المقصود لانه يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا
معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير
انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع
صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اداه
لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم
الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد
لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي
مسئلة الكتابة على الاعيان وعرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي قال
وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب
وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح

بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا
يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى منها
قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس
مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد
والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل
فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه يبتنى على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه
اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما
اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم ذلك اذ الخمر
غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم
احدهما حيث يفسد البيع على ما قال البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه
لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا
ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا
وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد
مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها يعتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية
التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع
والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة
ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى
قال فان شرط له ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف
لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط
وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة
لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما
اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه وهذا هو الاصل
او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج
الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج

على العقد الصحيح مع القدرة على المسمى

لان الكتابة تنعقد مع الفساد وعليه قيمته لا المسمى
رقبته عقد فاسد وصار كما اذا كان
معينا وقد ذكرناه ومثله

قوله تشبه البيع لانه مبادلة المال بالمال وتشبه النكاح
لانه مبادلة المال بغير المال وهو البضع
الى قبل ورود العقد لانه جزء مشترك
لا يقبل الفسخ كالنكاح وقبل الاداء يقبل الفسخ
كالبيع

ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة
والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا
من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا
ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من الاكتساب فان وهب على عوض
لم يصح لانه تبرع ابتداء وان زوج امته جاز لانه اكتساب المال فانه يملك به المهر فدخل تحت
العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب
المال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد
وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك
مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى
الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه
في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا
فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل
عن المعتق وان ادى بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل
فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء
ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين
في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص العبد وتعييبه
وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب
كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال واما
المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض وشريك شركة عنان هو قاسه
على المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب
ان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان
الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه واذا اشترى ذا رحم محرم لا ولاد له لم يدخل في كتابته
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما

اما في تزويج الامة فلما مر انفا واما في الكتابة فلانه [illegible] وذلك لا شك في كونه نظرا

ولهذا

ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا
تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد
فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من
الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال
واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما
دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وله ان القياس
ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت
ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى
وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها
مؤكد فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما
فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها
في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة
فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذا العبد باذن المولى
بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد اولادها احرار بالقيمة
لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال
حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام
في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق
المولى مجبور بقيمة ناجزة وهنا متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال
وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة
وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في
الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا
العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر
في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا
اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك
العبد المأذون لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا

والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا
ولدت المكاتبة من مولاها فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت
نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير
بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له
من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها
لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمناه ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا يؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها
جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر
لم يلزم المولى الا ان يدعيه لحرمة وطئها عليه ولو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا
الولد لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة
ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى
استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا
حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل
الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فان عتقت قبله لا يمكن
توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انها تسلم
لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد
والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لانها باقية **قال** وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي
اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله تسعى في الاقل منهما وقال محمد رحمه الله تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل
الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة رحمه الله في المقدار ومع محمد رحمه الله
في نفي الخيار اما الخيار فرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد
تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق
بعضها عتق كلها لعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة
فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير
فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من
الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة
ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل

وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها تستحق حرية الثلث
ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق
امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة
كذا هنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ
لا استحقاق عنده في شيء فافترقا **قال** وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها
الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له
غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق
عليه ووجهه ما بينا **قال** واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط
بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت
لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه
بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه **قال** وان كاتبه على الف
درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض
عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب
الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا
ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة
بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة **قال** واذا
كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم
تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رحمه الله وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك
الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف
الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة
حتى اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل
اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق
حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة
الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر

القيمة لا فيما زاد عليه لما بيّنا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم
تجز الورثة ادّى ثلثي القيمة حالاً او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر
والتأخير واعتبر الثلث فيهما **باب من يكاتب عن العبد**

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب
وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت
اليك الفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق باداىه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا
لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك
الفاً فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط فالعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق
لانه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في هذا الحكم ويتوقف في لزوم
الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على
العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غايب فان ادى
الشاهد او الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم عن نفسي وعن فلان
الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا وفي القياس يصح عن نفسه لولايته عليها ويتوقف في
حق الغايب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء
جعل نفسه فيه اصلاً والغايب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل
اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على
هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا
يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على
القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم
يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى
استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه بشيء لان
الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشيء
لما بينا فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان
الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه
فاجاز لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن
ابنين لها صغيرين فهو جايز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون
لانها جعلت نفسها اصلاً في الكتابة واولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف ويقبض بدل الكتابة

فكاتب

فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو
مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافاً لهما بمنزلة العتق
لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفايدة الاذن ان لا يكون
له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون
متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما
فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت
بولد فادعاه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما
ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا
تقبل النقل من ملك الى ملك فتصير امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى
الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة
كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه
سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبها لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه
جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه
حين وطئها كان ملكه قايما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف
ولكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان
الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد
الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت
كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير
لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا
يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالاخر وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد
منه ولا يكون حرا بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي
لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب
عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة
فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر
المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو

عجزت وردت الى الرق يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بيناه قال ويضمن الاول
لشريكه في قياس قول ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه
وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن
الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما
قال واذا كانت الكتابة لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما
عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين
انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف
النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد
على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها
بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم
جميعا ووجهه ما بيناه قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع
عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في
الرجوع وفي الخيارات وغيرهما كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل
العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان
اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي
العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان
العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق
نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق فان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم
يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده
فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين
والاستسعاء كما هو مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده لكنه يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه
وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف
المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان
المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت
البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك

كما

كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات عنده فاذا دبر
لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى و
قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما
فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك
فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن فان
اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان
كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم لم
يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت
لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه وان لم يكن له وجه
وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق
علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول
النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما
ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن
اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ
اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن
تاخيرا والاثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن
نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه
برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد
لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد
القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان
في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه
وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه
من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق
اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال
الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن

نابت رضه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت
بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى
الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم
يستند ولنا انه عقد معاوضة فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا
بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق
المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا ويستند
الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على
ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة
سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل
في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى
قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما
يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه تكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك
المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل
يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف
اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة
فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء
ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه
تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة
واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا
حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة
وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب
لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل
عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا و
ان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف
في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر
الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب
وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب
من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة
والمولى يملكه عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريدة رضي الله عنها

هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز
قبل الاداء الى المولى فكذا الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل
الملك وكذا عند ابي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه
لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك
للغني من غير حاجة والهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل
اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب
لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده واذا
جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز
لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال
الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف
اليه وكان يقول ولا يباع فيه وقد عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه لان المانع من
الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية
المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف
على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ
على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا
يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي
الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى
ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه
الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ
عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يتملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه
حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى
الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتقه
والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق
قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال

ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب
تتناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقال ان مولى القوم
منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف
قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ولان
التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم
بالغرم وكذا المراة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما وعن بنت
فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما
ذكرناه قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف
للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت
المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد
الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه
وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له
لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق
مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه
ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل
عنه ابدا لانه عتق عملا بما روينا وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن
بقيام الحمل وقت الاعتاق وكذا اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر
لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى
غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا
لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال وان ولدت بعد عتقها
فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق
العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى مولى الاب لان العتق هنا
في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم
الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك
الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار
اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب
الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت
بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى

للام

الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة
الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد
موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد
فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا جميعا تبعا لامهم ولا عاقلة
لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب
جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه
كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف
ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان
النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون
قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها
عند ابي حنيفة رحمه الله قال رضي الله عنه وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه
لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة
قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم
ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف
بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل
لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع
في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى
رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف
موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد
من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة
لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم
الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب ولان النصرة به اكثر قال وولاء
العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى
عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير
لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنه
على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو
المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لان المعتق
آخر العصبات وهذا لان قوله صلى الله عليه وسلم ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث
عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال وان

عربيا بخلاف ما اذا كان الاب صح

الولاء لمن اعتق قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث المستثنى من المنفي مثبت ظاهرا وسواء كان المعتق والمعتق مسلمين او كافرين
او كان احدهما مسلما والآخر كافرا لوجود السبب ولعموم الحديث حتى لو اعتق مسلم ذميا او ذمي مسلما فولاء المعتق منهما للمعتق لما قلنا الا انه لا يرث لانعدام
شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى فقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن من الكافر ولا الكافر من المؤمن
ويجوز ان يكون الولاء ثابتا للانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث من [illegible]

كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له من النسب عصبة فميراثه
للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه
لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
الانتصار على ما مر والعصبة تاخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى
دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او
كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره او جر
ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من
جهتها فينتسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان
سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة و
ليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا
ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا
واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر
هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعناه القرب
على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل
على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح
وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله
الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث ولهذا
لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما تصح
في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه و
مماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث
يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له
وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة
عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الارحام وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في
الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم
بالقبائل فاغنى عن الموالاة وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير

لازم

لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرا عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون
بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر
من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان
يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض
في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم
في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان
الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته
وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان
وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك
بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على
بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك
بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى
البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسده
بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى
العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات
الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب وعند الاكراه يحتمل انه
يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر
لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل
الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد
شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى
لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر
البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم
الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض

البايع بذلك بخلاف ساير البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا
يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجايز المعتاد بيعا فاسدا
يجعله كالبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضاء ومنهم
من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند
جعلوه بيعا جايزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض
الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طايعا
بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة
ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا
مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع
في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه
رده ان كان قايما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير
مكره ضمن قيمته للبايع معناه والبايع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان
يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع البايع الى المشتري
فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة
لقيامه مقام البايع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرايه لو تناسخته العقود
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت
قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده
لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل

وان اكره على ان ياكل
الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان
يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم
على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند
الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او
العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر
على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا
لغيره على هلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم لانه
رخصة اذ الحرمة قايمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص
وهو تكلم بالحاصل بعد الاستثناء ولا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل

بالخطاب

بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب
رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف
به على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر
لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه
به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه
حيث ابتلي به وقد قال له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئن بالايمان
قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان
بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة
فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه
صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في
الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال
وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل
ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال
ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل فان
اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما
لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره
ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله
يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل
من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير
لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا تمسك الشافعي في جانب المكره ويوجب على
المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده
كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا
الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو ان يلقيه
عليه ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في
الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره حتى يحرم
كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امراته او عتق عبده ففعل للشافعي رحمه الله وقد مر في الطلاق
قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف
اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج

في الاتلاف دون الذكوة ح

وقع ما اكره عليه خلافا له ح

ولا يرجع المكره على العبد م

الى الحرية اولتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بالضمان لانه مواخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول ولا يرجع المكره وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والاعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يوثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانب طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا تدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا اخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه

ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي اية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا تملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة فالمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة، فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازتهم ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا حجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان

كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي
يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه
العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير
وفي حقه حقيقته ولهذا يمنع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع
من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب
ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى
حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز
فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه
في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة
باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره
واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه
ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا
يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه
ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا
وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس
رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة
ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد
يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل
البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار
سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول
من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه
مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا
فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند
ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر
والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ
العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق
عبده نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رحمه الله لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف

يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله
فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه
بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق
لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر
لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض
وعن محمد رحمه الله انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد
وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته
الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد
يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه وكان الولد حرا والجارية ام ولد لانه محتاج الى ذلك
لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة
ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس
لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها فنظيره المريض اذا ادعى ولد
جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه
الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات
النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة و
صار كالمريض من الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر في ماله لان التسمية
صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا
قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته
ومن تجب عليه نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه
والانفاق على ذوي الارحام واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق
الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته
لكونها عبادة لكن يبعث امينا كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى
امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر
او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو
فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله
قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها

عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا
لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من
القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع
من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه
غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخيرات
جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء
او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي **قال** ولا يحجر
على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي
يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده
ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة
المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد
قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة
وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا
وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل
المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية
لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة
والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك
علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية
تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه
المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن
عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث
نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق
واحد منها المزاج لا محالة **قال** واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره
في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف
الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما قبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين اذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه
والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال
لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا
حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي
عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه
نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع
ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه
قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه
لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة
والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء
الدين بما يختاره من الطرق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن و
تعذيب المديون فلا يكون مشروعا **قال** وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي
بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان
دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا
والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان
انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية
التصرف وبالنظر الى الاختلاف تسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف
العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع
في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدا بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى
قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه و
يباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس **قال**
وان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين
فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد
مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر **قال** وينفق
على المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية
مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت
في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء **قال** فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه
حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا

الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا يعيده ها هنا الى ان قال وكذلك
ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في
الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف
فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت
له جارية وفيه موضع يمكنه وطيها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى
قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف
والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة
وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء
بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا
ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان
بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة
لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه
حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان
لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشق عليه الا اذا علم القاضي
ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه
ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة
تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء
فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبايع ولاية الفسخ لانه عجز المشتري
عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البايع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين
وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني
الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع
التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين • والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن
التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك
مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة
على المولى ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر
عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى
عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق
بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل
من راه يظنه ماذونا فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا
به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه
في ساير التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه
ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة
ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جايز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله
فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف
الصبي الماذون له ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان
فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان
الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر وله ان
يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض
ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجارة ويأخذ الارض مزارعة
لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم
الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من
صنيع التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول لا يملك العقد
على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا
اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود
المولى اما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له
في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون
ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع لهما ان
الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد به الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له
دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق

وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف
الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع
للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك
فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان
يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار به ماذونا ينسد عليه
باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا و
انت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا
لانه اذن له بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال واقرار
الماذون بالديون والمغصوب جائز وكذا بالودايع لان الاقرار من توابع
التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينهما اذا كان عليه
دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في
الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال
وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رحمه الله
يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة
وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون
والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي ولا يكاتب لانه ليس
بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا
ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق
الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق
لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة
قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات
التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف
يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت
يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر
لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل
زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال
وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط
انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام

العقد

العقد وليس من صنيع التجارة ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله
ان يؤجل على دين وجب له لانه من عادات التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء
الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع
لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين
بكسبه حتى اذا فضل منه شيء عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع
جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر
وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس
وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على
المعاوضة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه
بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء
وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب وديونه المراد
منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان
المغصوب والودايع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطي المشتراة بعد الاستحقاق
لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار
كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم
وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه
بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود
شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة
على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه
لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو لا ظهور الحجر لتضرر الناس لتاخر حقهم الى ما بعد العتق
لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر
عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم
بحجره لم يصح ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره
فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد
ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه
قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن
شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو مات
المولى او جن او لحق بدار الحرب صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم
وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية

الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكماً حتى قسم ماله
بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجوراً عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماذوناً لان
الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء فصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة
لانه انما يرضى بكونه ماذوناً على وجه يتمكن من تقضيه دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان
الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب
متيسر قال واذا ولدت امة الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافاً لزفر وهو
يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادةً
بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه
محلاً تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة
الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة
ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضاً والمولى ضامن لقيمتها لما قررنا في
ام الولد قال واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رحمه
ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن
فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ
المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق
الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون له فيما اخذه المولى
من يده واليد باقية حقيقةً وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته فاقراره دليل
تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقةً وحكماً فلا
يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا
باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن
خصماً فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في
يده ولو اعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك المولى ما في يده ويعتق
وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية
الماذون لها وهذا اية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظراً للمورث والنظر في
ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد وله ان ملك المولى
انما يثبت خلافةً عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به
مشغول بها فلا يخلفه فيه فاذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته فاذا نفذ
عنده ما ضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطاً بماله جاز

عتقه في قولهم جميعاً اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعاً لانسد
باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق
يمنعه قال وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رحمه
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان
حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق
بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير
المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش
سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف
البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان
البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً
في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي
بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلاً عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان
المحاباة لا تجوز من العبد الماذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي
وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما
قال وان باعه المولى شيئاً بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد لانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن
فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم
اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه
يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً لانه يتعين
وجاز ان يبقى حقه متعلقاً بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان
البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في
الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما
بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى الماذون
وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم
بيعاً واستيفاءً من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم
المولى الا بقدر ما اتلف ضماناً فيبقى الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير
لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد الماذون لهما وقد ركبتهما ديون
لان حق الغرماء ما لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن

شيئا قال فان باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء
الغرماء ضمنوا البايع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان
يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبايع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض و
التغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة
اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى
ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع
والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد
على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين
فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل
منهما فايدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان
يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه
لوصول حقهم اليهم قال فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه
اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم و
يقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم
حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة
لابي يوسف رحمه الله انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى
يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال ومن قدم
مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر
بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على
موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس
الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله لانه خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه
حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى
وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل فصل واذا اذن ولي الصبي
للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ
تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي
التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة
لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه
الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على
ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا

الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال
بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة
يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء داير بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن
قبل الاذن موقوف منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه
وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب
الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح و
التشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن
الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع
ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه
في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي
يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بينا وحكمه [حكم] الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ
مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة
غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه
فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطا موضوع قال ومن
غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله
ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال
فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف رحمه الله يوم
الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى
القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد
الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم
الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته
عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر
مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي
المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا
مثل له وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت

حتى ترده وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه
فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد عليه وهو الموجب
الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل
الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان
الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو
كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو
يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس
الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب
فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب
عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف
الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار
كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين
وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار
فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة
ولو سلم فالضمان هنالك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قال** وما نقصه
منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل
في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر
بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح **قال** وان انتقص
بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل **قال** رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين
ان شاء الله تعالى **قال** واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر
واذا هلك الغصب والمنقول مراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه
بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة او تتقرر بذلك السبب ولهذا
يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب
فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن
فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف **قال** رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه
تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا **قال** ومن غصب عبدا

فاستغله

فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة **قال** رضي الله عنه وهذا عندهما
ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه
وملكه والضمان ظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه
حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع
يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث ولو هلك العبد في يد
الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا
لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك
في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن لان الخبث
ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه
فلو اصاب مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء
عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى
بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله
ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند
الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين
بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق
انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى
غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد
التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب قبل ان يضمن
وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة **قال** وان
اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا
لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار
اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه
وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي
ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة

فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا
وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك
ها لكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قايم من كل وجه
الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح على الاصل
الذي هو فايت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث
الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة
ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يودي بدلها استحسانا والقياس ان
يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه ابو الليث رحمه الله
ووجهه ان ثبوت الملك مطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله
صلى الله عليه وسلم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق
زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب
فيحرم قبل ارضا صاحبها حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك
الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة
بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه المالك لوجود الرضا منه
لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي حنيفة
يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام
العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم
قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها
عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث
صنعة معتبرة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد
والتبر يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق
من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى جرى
فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها
غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنا عليها
زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين
ما قدمناه واخذ لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف
وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته
او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في
حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك

الساج شجر عظيم ينبت الا بالهند
يقال بالتركي ابنوس اغاجي

وهو الاصح

وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان
شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من
وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق
الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع
قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش
المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا
يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قايم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه
وان خرقه خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا
الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه ترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب
وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع
قايم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما
يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت
به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا والفايت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او
بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق ولان ملك
صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك
من سبب فيومر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض
تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما
ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يومر بقلعه لان حقه فيه اذ لا
قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان
يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما للغاصب وان
شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان
يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن
بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة
لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب
الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال
ابو عصمة رحمه الله في اصل المسئلة ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب
الصبغ بما زاد الصبغ لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعايته

الحقين في البيع وتمامه في هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق
غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال
في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق تتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه
المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة
وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان
وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه
الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر
الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى
الخمستين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها و
هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما
في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا
للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن
البيع بعده يصادف القن **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك
يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك
لانه اثبته بالحجة الملزمة **قال** فان ظهر العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك
او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك
بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** وان كان ضمنه بقول الغاصب
مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهر العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه
في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله
انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا **قال**
ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان
ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون
الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان
يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة
متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه
كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات
اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه

الزيادة حتى تزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا تزيلها اذ الظاهر عدم المنع
حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه
او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من
الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق و
هو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها
ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن
اولى واحرى **قال** وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد
وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط الضمان وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان
بالولد ويسقط الضمان لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك
الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم
شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا
غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت سنها ثم نبتت او قطع يد المغصوب
في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوعة
وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا
وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذلك لا بد من رد
خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب لا يحض فيما وراء
ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب
النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم **قال** ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت
ثم ردها فولدت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم غصبت ولا ضمان عليه في الحرة
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعد بسبب
حدث في ملك المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب
ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت
عند البايع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع بالثمن وله انه غصبها وما
انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح
الرد وصار كما اذا احدث في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت
بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا
تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء
التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد

السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم
النقصان وقال الشافعي يضمنها ويجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال
متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك لحدوثها في امكانه
اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن
ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة
فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها
بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه
لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف
المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه
سقط تقومهما في حق المسلم وكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما
مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة
ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد
اتلاف مال متقوم مملوك فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما
الا انه تجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا
له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف
الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له
لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة
ثابتة قال ومن غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ
الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويعطيه ما زاد الدبغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها
بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص
ونحو ذلك والفرق ان التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية
به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ
الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع
قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا
ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك
مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل ~~فلانه لما بقي على ملك مالك~~
ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال

متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب
ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ ولانه واجب الرد فاذا
فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق
الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند
اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم
في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما
فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان حقا له والجلد تبع لها
في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه
بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك
لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا
قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه
على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف الصبغ
لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه
عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف كما بيناه ثم قيل
يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي
غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل
الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف
الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول ان صفة الدباغة تابعة للجلد
فلا يفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا
عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد
الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطيه مثل وزن الملح من الخل واذا اراد
المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند ابي حنيفة
خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد ان صار خلا من ساعته
يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد
زمان بان كان الملقى فيه قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير
وعلى اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه
لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه
وعند محمد لا يضمن الاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف

ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذه الخل
في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقي فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت
فيه اقوال المشايخ وقد بيناها في كفاية المنتهي قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او
دفا او مزمارا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل
الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن
بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء
من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ ادنى طبخة وهو
الباذق عن ابي حنيفة روايتان في التضمين لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية
فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا
فعل باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصاحبها لما يحل من وجوه الانتفاع
وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار
فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر
بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة
للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل
والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب
قيمتهما ولا تجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا
بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال
ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد
غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار
الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب
والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب
اما الثبوت فلقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله صلى الله عليه وسلم جار
الدار احق بالدار والارض ينتظر له ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله
صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار
احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن

القياس

القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضا وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم
وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزم في الاصل دون الفرع لما روينا ولان ملكه
متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة
بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه
لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل
اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع فلا يصلح
علة لتحقيق ضرر غيره اما الترتيب فلقوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق من الخليط والخليط
احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان
الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة
في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح
مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة
لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار
الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان
مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به
وجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا كان لم يطلبه
بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل
معين من الدار وجدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل فكذا على الجار في
بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة
ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق
الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري
فيه عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه
اثنان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها
سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون
اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي
ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا
يكون الرجل بالجذوع على حائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة
في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملاصق قال
والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة
بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير

الا انصباء لان الشفعة من مرافق الاملاك الا يرى انها تمليك منفعة فاشبه الربح والغلة
والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق
الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهو آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن
بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك
غيره ولا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي
للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد
انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغايب لعله
لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد
تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو سبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه
فيه وهو ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى
بثبوت بيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البايع بالبيع وان كان المشتري يكذبه
قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا
بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات
طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد **قال** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم
بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في
الرجوع في الهبة وتظهر فايدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره
المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم
المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها
في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند
معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى عز وجل

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة
اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا
ولقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه
فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد
وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت
له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله

او قال لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص
من جواره والثاني تعجب لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض
وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد
فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى و
اذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان
او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله
واخواته فيما تقدم وعلى هذا الخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف
ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير
والاشهاد لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة
لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب
ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري
او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه
لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم
البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة
واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان
المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله
قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف
وقال محمد ان تركها بعد الاشهاد شهرا بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر
وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى
مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول
محمد انه لو لم تسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه
من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول
ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا
باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في ساير الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان
غايبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض

لاتبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لايتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان
اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات
الاستحقاق قال يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار
وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها فاذا بين ذلك يساله عن
سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه
على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه
في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله
ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به
يلزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت
ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع
ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع
وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق
عليه في هذه الدار الشفعة من هذا الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد
استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف
على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز
المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي واذا قضى القاضي بالشفعة
لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف
القاضي على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط
تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن
بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال فان
احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة
ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع
ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي لهما للشفيع فلا بد من حضورهما
بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حتى لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا
يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع
في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ
المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب

الفسخ

الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه
ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري واخذه
من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه
يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله قال ومن اشترى
دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه
اليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا
لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير
الخصومة معه الا انه مع ذلك قايم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم
وكذلك اذا كان البائع وكيلا للغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده
لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضى
للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية فان وجد بها عيبا فله ان يردها وان
كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة
المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط شرط البراءة من المشتري ولا رؤيته
لانه نايب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال واذا اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار
عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع وان كان يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك ولا نص ههنا
فلا يتحالفان وان اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو
ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا
بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا
يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لمسئلة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها
ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة
بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم يقول لا يصح الثاني من هناك الا بفسخ الاول
اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام
قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع
بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع
فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقط حط البائع بعض الثمن وهذا
الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان

القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله على البايع ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذ الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** فان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البايع بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى **قال** وان زاد المشتري البايع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال **قال** وان باع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بيناه من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى

بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه وصار كما اذا باع بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بصحته فيما بينهم وحق الشفعة يعم الذمي والمسلم والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذه في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذها المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البنا والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع ويخير بين ان يأخذها بالثمن وقيمة البنا والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البنا لابي يوسف انه محق في البنا لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في الدار المرهونة وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البنا وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق فلا يرجع بقيمة البنا والغرس لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البنا والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها

مراجحة بكل الثمن لان الفايت الاصل قال وان شاء ترك لان له ان المبيع عن تملك الدار ه قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل في البيع من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس على النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار في وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته من الثمن قال وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب به الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت دفعا لسوء ضرر الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار

بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول تقوم منافع البضع في النكاح وغيره بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفيع وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المقصودة حتى ان المضارب اذا باع وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكاره بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء لليمين وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في الهبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

بعوض

والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها ثم الثلاث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار
للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار
لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها وكذا ان كان المشترى
وفيه اشكال اوضحناه فى البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما
اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الروية
لا تبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون
الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية
قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال
ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى
اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع
الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفى الفاسد ممنوع عنه **قال** فان اسقط الفسخ وجبت
الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها فى يد البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ثم
ان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة
له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه فى الدار التى تشفع بها
بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقى الماخوذ بالشفعة على ملكه وان استردها البايع من
المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه لما بينا **قال** واذا اقتسم الشركاء
العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيه الجبر و
الشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم ردها المشترى بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من
كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض و
عدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ فى
حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع
وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض
لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة
ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه
ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه
يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه
بالرضاء وهذا المعنى موجود فى القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت

شفعيهما

هذه التى تشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان اشتراها بعد الحكم بقيت على ملكه ح

شفعه

شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة
وكذلك ان اشهد فى المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه
فيما تقدم **قال** وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق
الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق
اسقاطه بالجايز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع
شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض
عن ملك فى المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامراته اختارى
ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس فى هذا
بمنزلة الشفعة فى رواية وفى الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية فى
الشفعة وقيل فى الكفالة خاصة وقد عرف فى موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت
شفعته وقال الشافعى تورث عنه قال رضى الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء
بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته و
هذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره
ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء
شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشترى لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير
سبب حقه ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعه القاضى او الوصى او اوصى المشترى
فيها بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حيوته
قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال
سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة
كما اذا اسلم صريحا او ابرا عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط
الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال **قال** ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من
جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك
لو ضمن الدرك من البايع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره وامضى
المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف المشروط
له الخيار من جانب المشترى **قال** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم
انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما
سلم لاستكثار الثمن فى الاول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الآخر اذ الجنس
مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت

بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت
بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف
الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم
الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان
ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه بيع نصف الدار فسلم ثم ظهر بيع كلها
فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم
في الكل تسليم في ابعاضه فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي
الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار
وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار
في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك
فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي
وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض
عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمتها
ويعطى بها ثوب بقدر قيمتها الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام
البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل
الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف
انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع
ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في
الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول
يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما قبل القبض وبعده
هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته
كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض
لانه سقطت يد البايع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا للتفرق
في الصفقة لا للثمن وهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من
تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض
وان كان له نفع فيه لعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا

باع

باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع
نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع
بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب
يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري من اي جانب كان وهو المروي
عن ابي يوسف رحمه الله لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر
قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد
هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه
مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن
بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء
دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية
كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله
كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان
تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين
النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما
كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن
الناس فيه قيل جاز التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة
انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمة الله عليه

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث
وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما
بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه
فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت
حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما
نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت
حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما
نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند
طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر

كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع
بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كان اجناسا مختلفة
لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا
عليها جاز لان الحق لهم **قال** وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة
فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاضي تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما
بالغنم **قال** فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان
النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه
من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا
عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان
يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا
فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام
يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية على الناس بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل
منهم اليه خيفة الفوات فيرخص الاجر **قال** واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة
وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر
البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم
باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل
والوزن ان كان للقسمة فهو على هذا الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل
والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه على الطالب دون الممتنع
لنفعه ومضرة الممتنع **قال** واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او
ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا
البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب
القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه
ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد
دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث
والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب
القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت

اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه
منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة
وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في
الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان
في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على
من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف الشراء لان المبيع لا يبقى على ملك البائع
وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير **قال** وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف
انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم
قال رضي الله عنه وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان
واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما
ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ
في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز **قال**
وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم
وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب
وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب
والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من
قبل فلو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة
حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث
فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء
بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على
بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث
الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان الصغير لان القسمة
قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه
فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها
هو الصحيح كما اطلق في الكتاب **قال** وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة
لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف
ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا
وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة
واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له

عن نفسه فكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق
لازم فيما يحتملها وان كان ينتفع واحد والآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم
وان طلب صاحب القليل لم يقسم عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم
والآخر يستضر به لان الاول ينتفع به فاعتبر طلبه والآخر متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف
على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في
مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على
القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما
اما القاضي يعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس
يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض
لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي
دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل مكيل وموزون او قليل والمعدود المتقارب وتبر
الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا
وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة
ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر
اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل
ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون
البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم
الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت
المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد
الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف
المغنم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين و
المالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم
الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه
لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع
عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا
يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل

على الضرر

على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي
بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار
على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض
قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا
الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض
الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان
والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا
لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب
بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت
الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين
اذا كانا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله
انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت
فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت
على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دار وضيعة او دار
وحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع
الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او
يبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام
القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء
لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب
بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا
بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا الاعتبار ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا
فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء
حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن
القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله وقوله في الكتاب ويفرز كل
نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله
ان شاء الله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا
من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة
الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه

قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف
الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار و
الحانوت م

يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم
واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه
لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه
هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على
الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك
تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه
من العرصة وان بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ
يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر وطريق لم يشترط في القسمة
فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن
تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فانه
من الضرر فيستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك
العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق
ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام
ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل
الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له
من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره
وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند
التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره
لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود
هو الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب في الطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا
في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم
من غير طريق يرفع لجماعتهم ليتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا
بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض
باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان
القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار
نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه
وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك
قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

لمحمد

لمحمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا
وغير ذلك فلا يتحقق التعديل وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في
المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم
اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو
وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده
في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف
معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربى على منفعة العلو بضعفه لانها
تبقى بعد فوات العلو ولا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف
الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله
وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل
بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان
العلو مثل نصف السفل ففي ثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان
ومعه ثلاثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوى مائة من العلو المجرد
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع
لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون
وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان
يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع
من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة
مائة ذراع وخمسون منها سفل وخمسون منها علو **قال** واذا اختلف المتقاسمون
وشهد القاسمان قبلت شهادتهما **قال** رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رحمه الله
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رحمه الله انهما
شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله
ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما
التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزم
بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا

قسمًا باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان ايفاء
عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران
بهذه الشهادة الى نفسهما مغنمًا لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز
وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة
الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول
الامين في دفع الضمان على نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرًا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئًا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه
بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا
بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم
بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه
ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلًا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي و
اخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن
ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي
والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارًا واصاب كل واحد طائفة
فادعى احدهما بيتًا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان
اقاما البينة يوخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان
قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد
منهما تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة
عند ابي حنيفة رحمه الله ويرجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة
قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح
ان الاختلاف في استحقاق بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين
لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه
ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله
وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق

جزء شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعًا
بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما
ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركًا بينهما و
بين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من
المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشايع
في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا
لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار و
الآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض
القسمة دفعًا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه
لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف
وهو الربع اعتبارًا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي
رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة
عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة
لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا
بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه
الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة
لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينًا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض
اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينًا باي سبب كان
لم تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركًا

فصل في المهايات

المهاياة جايزة استحسانًا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه
في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب
ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل
ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا
تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم فلا فائدة في النقض
ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة
او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة والتهايؤ

في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان
يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو
تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في البيت الصغير لان
المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا
في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايي
في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في العبدين على ان يخدم هذا
هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي
وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري
فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت
بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة
كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه
لا تسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي
عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز التهايي فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى
بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما
فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا
بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق
والتهايي في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة
في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان
في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي
اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر
يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايي على المنافع فاستغل احدهما
في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة
الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية
لما بينا ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في
الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب

الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته
من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا يجوز عنده
لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع
الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا
ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقايسان ولا يجوز
في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين
فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز
لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة
عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته
او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من
الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من
ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع
الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى
انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف
الزوائد لانه لا اثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز
الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم
اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان
سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان
البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض
والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض
صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني كون رب الارض والمزارع
من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان
المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها

والرابع بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة واعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضاً بالشرط فلابد ان يكون معلوماً وما لم يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوماً **قال** وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطاً ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جاز لانه استأجر العامل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بابرته او طياناً ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضاً لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليس من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة لها بخلاف جانب العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضاً لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً له باتصاله بارضه **قال** ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعاً تحقيقاً لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية وكذلك اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وكذا اذا شرطا التبن لاحدهما وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **قال** واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغاً ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلاً في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل في ارض مملوكة له وان استحقه من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثاً فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيراً ليهدم داره

وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد
ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا تفسخ به الاجارة
فتفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع
الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء
العامل لانه غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا
بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت
الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك الزرع في يد المزارع
حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في
ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس
فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل المزارعة بعد ما
كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء
للعامل بمقابلة ما عمل لما بيناه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق
صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب
الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا
انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى
يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال
ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو
ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع والنفقة على الزرع
عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد الزرع لان في تبقية الزرع باجر المثل
تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء
المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل
حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل
على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب
العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متبرع لانه لا ولاية
له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار
بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون
بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع
لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك

النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو
مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع
وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد
نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة
على ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما
بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من
الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك
بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة
لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اذا
شرط ذلك على العامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله قال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي
والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد
والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة قياس هذا
ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك
كالجداذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف
فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع
على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ الثمر
بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد
بسرا فصار كما بعد الادراك

باب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة
وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة و
قال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل
في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة
لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج يفسد فجعلنا
المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف
العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم
يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت
ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار

لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وربيعا وصيفا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها واطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة شرط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد تبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما قد بيناه **قال** فان دفع نخلا مساقاة فيه ثمر تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل **قال** واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانها في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها في المزارعة وان

ماما

ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها **قال** وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغراس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كتاب كفاية المنتهي وهذا اصحها والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنه ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم واما دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه انشاء الله تعالى **قال** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا

قوله لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة ولا يلزم على هذا دفع الزرع وهو البقل ودفع النخيل وفيها ثمرة تزيد بالعمل لان هناك جعل الموجود اجرا قصدا وهناك ضمنا لما يخرج من عمله على وجه لا يمتاز بعضه عن بعض وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا

كالدم حيث ان ذبح فيخرج الجراد والسمك اذ ليس من شانهما الذبح فيحلان بلا ذكوة

اللبة موضع القلادة من الصدر

او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية
على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء
لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط
قيام الملة على ما مر **قال** ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة
اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة
اعتقادا ودعوى **قال** والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي
اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله **قال**
والوثني لانه لا يعتقد الملة **قال** والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما يذبح من الصيد في الحرم
والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان
الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد
لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم **قال** وان ترك
الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل
في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء
وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول
من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا
وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن
مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال
ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى
القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى
سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب
الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بيناه والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم **قال** في آخره فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله احتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا
فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج
مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد و
ارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور ولا يدل عليها
في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة
الاختياري يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال

والرمي

والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون
الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية
لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة و
سمى ثم رمى الشفرة وذبح باخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل **قال**
ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره وهو ان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان
وهذه ثلاث مسائل احديها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد
بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا
له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا
على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او
بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان
يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او
بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم
تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص
المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح
اللهم اغفر لي لا تحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل
ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا تحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه
دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن
ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال**
والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه و
الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق
فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق
التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله صلى الله عليه وسلم افر
الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهي
حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاث
الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله
ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان
قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري
واحد الودجين **قال رحمه الله** هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره و
المشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال

في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من
الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل
ان عند ابي رحمه الله اذا قطع الثلاث اي الثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف
رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود
الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منهما ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع
الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم
يخالف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة
ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح
لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى
به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه
لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن
اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله
المذبوح ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما
رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل
به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل
بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه
اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان **قال** ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا
نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا
يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل **قال** ويستحب
ان يحد الذابح شفرته لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شيء
فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات
هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس

كره

كره ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم
الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت
وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان
يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس
زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه فالحاصل ان ما فيه زيادة ألم لا يحتاج
اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه الى المذبح وان ينخع الشاة قبل ان تبرد
يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى
زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا **قال** توكل ذبيحته
قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة
ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت
قبل قطع العروق لم يوكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها **قال** وما استانس من
الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما
يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون الاول وكذا ما
تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله لا يحل بذكاة
الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى
البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم
وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر
لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء
في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز
والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة
حل اكله **قال** والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم
الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق
فيها في النحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل
خلافا لما يقوله مالك رحمه الله انه لا يحل **قال** ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها
جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن
زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله
لقوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل
بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاء الام ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل
في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة

له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد ولنا انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك
ينفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له
وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين اللحم والدم لا يحصل بجرح
الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه
سبب لخروجه ناقصا فيقوم مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه
كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق **فصل**
فيما يحل اكله وما لا يحل **قال** ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من
الطير لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير واكل كل ذي ناب من
السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير
والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادي
عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف
الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله
في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا
اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف **قال** ولا بأس بغراب الزرع لانه ياكل
الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يكره لان غالب من اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته و
الزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء
قال وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها **قال** ولا يجوز اكل لحوم
الحمر الاهلية والبغال لما روي عن خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اهدر المتعة و
حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول
مالك رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر
ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان
والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة
ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته

تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد بن الوليد رضي الله عنهما والترجيح
للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد
قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا بأس باكل الارنب لان
النبي صلى الله عليه وسلم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس
من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر
لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الآدمي لحرمته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكوة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر
في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار
كذبح المجوسي ولنا ان الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي
النجسة دون ذوات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في
الجلد كاللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر
لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع
به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من حيوان الماء الا
السمك وقال مالك وجماعة رحمهم الله باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير
والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد
لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم في البحر هو الطهور ماؤه
والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه
السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور
فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمول على
السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان
اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره الطافي منه
وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة
بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ما نضب عنه الماء
فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل
مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا
بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد
الا ان قطع الاخذ رأسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء

يليق به فلا يحل الا بالفعل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد
يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كل كله وهذا عدّ من فصاحته و
دل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه
بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا
مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وينسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية
المنتهي وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي
لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار
اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله
وعنه رحمه الله انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي على قول
ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة وهكذا ذكر
بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحي منكم
فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها
لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية
كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا
يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة تضاف اليها
وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود
والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب
يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد
بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام
في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك
هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة و
مقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به
وسنبين مقداره ان شاء الله وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه لما بينا وعن
ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب
هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل
في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه

صدقة

صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير
فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم
لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه
ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال
ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز
الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن
جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة
والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فيبقى على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة
او ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز
عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع
ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله وقال مالك رحمه الله
تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا
اقل منها لقوله صلى الله عليه وسلم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه قيم
اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا
جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد
ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزيه
وهو قول زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته
وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع
وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان الشراء
للتضحية لا يمنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف و
عن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال
وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا
كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار
الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة

فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال صلى الله عليه وسلم ان اول نسكنا في هذا اليوم
الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد
ولان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه
وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر
في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس
لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي
بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة
بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل
اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذلك على هذا
عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان
بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلثة ايام بعده لقوله صلى الله عليه وسلم ايام التشريق كلها ايام
ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا
بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو
الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام
النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل تمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير
والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة
او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق
يؤتى به في الاوقات كلها فنزلت منزلة الصلوة والطواف في حق الافاقي ولو لم يضح
حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق
بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب
على الفقير بالشرى بنية التضحية عندنا واذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا
له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية **قال** ولا يضحى بالعمياء
والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا تجزئ في
الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي من النقي وهو المخ **قال** ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب
اما الاذن فلقوله صلى الله عليه وسلم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما
واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن **قال** ولا التي ذهب

اكثر

اكثر اذنها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان
العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر
ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل
اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا
وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر
في الصلوة ويروى الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم
في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي
ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي
قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن
ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد
ان لا تعلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته
من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا
قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب
الثلث وان كان نصفا فالنصف **قال** ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن
لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا المكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها
اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوءين **قال** والثولاء
وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف
لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت
مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف
رحمه الله انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه
لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع
اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه
العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان
غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء
فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما
في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى
ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر
على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها

فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته
ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت
من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح **قال**
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام
ولا من الصحابة رضي الله عنهم **قال** ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان
فان الجذع منه يجزي لقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح
الجذع من الضان وقال صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا
كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت
له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز
ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس
لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا
الذئب على الشاة يضحى بالولد **قال** واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم
قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا
يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطها ان يكون
قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود
وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان
النبي صلى الله عليه وسلم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة
لم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت
لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت
ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون
بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان
قربة **قال** ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله صلى الله عليه وسلم
كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله
غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا
والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا **قال** ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال
ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه

استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا
بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول
واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه
تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله صلى الله عليه وسلم من باع جلد اضحيته
فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي
اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف
الاضحية وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف
ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع
به كما في الصوف **قال** والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح
وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها
بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر
لك باول قطرة من دمها كل ذنب **قال** ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل
هو قربة وانه ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت
بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا
قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد اضحية الآخر اجزا عنهما استحسانا واصل
هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه
عن الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان
على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح
شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى
وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه
يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح
فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا
يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا فيرتضيه ولعلمائنا
رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او
رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو
وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق
وربط الدابة عليه او رفع الجرة واماله الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق
فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت

فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن
دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي
خلافية زفر رحمه الله بعينها ويتاتى فيه القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد
منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا
ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان
غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية
لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن
غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب
بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهة

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام
الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة رحمه الله
يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال
الابل وتأويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة
والذبايح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب
والادهان والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله صلى الله عليه وسلم
للذي شرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب
في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في
الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بنعيم
المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي
وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه
ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص
والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة
في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب في السرج
المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة
ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج

موضع الجلوس وقال ابو يوسف رحمه الله يكره ذلك وقول محمد رحمه الله يروى مع ابي حنيفة
ويروى مع ابي يوسف رحمه الله وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمسجد وحلقة المرآة او جعل
المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان
مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص
فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع
الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلك
تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب
في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة
وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة
غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان
يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي
هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في
السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل
بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى
غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق فلا يقبل في
الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس
فلو شرطنا شرطا زايدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا
او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب
وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل
لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان
الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها
فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل
قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر
فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند
العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل و
من الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم
ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ

وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة
اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري
وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه
زوال الملك وفيهما تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة
او طعام فوجد فيها لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل وقال ابو حنيفة رحمه الله ابتليت
بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة
فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة
الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن
مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح
باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير
مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى ولا
تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم
يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام
حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة
وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان
حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاث
اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس
الحرير الا موضع اصبعين او ثلاث او اربع اراد الاعلام وعنه صلى الله عليه وسلم انه كان
يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره
وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رحمه الله وانما ذكره القدوري
وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه
من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم
وله ما روي انه صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا
القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس
الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله انه صلى الله عليه وسلم رخص في

لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح
واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما رويناه
والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما
سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم
كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة
فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون
بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس
قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره
في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة لما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب
لما رويناه وبالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا
لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة
ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر و
الحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال
ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل
النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر
واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا
وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم
والاباحة ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي
المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص
الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته
الى التختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار
الذهب يجعل في حجر الفص اي في نقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا
يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد
اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان
يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة و
قد اندفعت بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم
يندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان

الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر
لما حرم شربه حرم سقيه **قال** وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها لانه نوع تجبر وتكبر وكذا
التي يمسح بها الوضوء ويمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا تكره وهو الصحيح وانما يكره
اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس ان يربط الرجل في اصبعه او
خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم
لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روى ان النبي
صلى الله عليه وسلم امر اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر
عند النسيان

فصل في الوطء والنظر والمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد
موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في
ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك
وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يباح لان
فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد
يبدو منها عادة **قال** فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا
لحاجة لقوله صلى الله عليه وسلم من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الانك
يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه
لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها
ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر
لان فيه بلوى والمحرم قوله صلى الله عليه وسلم من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه
جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل
التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما استاجر
عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها
لما قلنا وان كان لا يامن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا
كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي
للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد
به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر

لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة
بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس ان ينظر اليها وان علم انه
يشتهيها لقوله صلى الله عليه وسلم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل وان لم يقدر يستر كل
عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع
الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي
يوسف رحمه الله لانه امارة المرض **قال** وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين
السرة والركبة لقوله صلى الله عليه وسلم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون
سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة
والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا للشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب
الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد
بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد
روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الركبة من العورة وابدى
الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال صلى الله عليه وسلم
لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق
فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ
وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ
يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس
لانهما فيما ليس بعورة سواء **قال** ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل ما ينظر الرجل منه اذا
امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب
وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه
لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي
او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها
وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن
غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين
ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا
فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى

من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من
الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة
قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر
الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى
فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان
مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين و
العضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا
لبعولتهن الآية والمراد مواضع وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن
والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست
مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة
في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة
تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا
يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة
لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا
باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة
للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة
الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله صلى الله عليه وسلم
العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا
بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله صلى الله
عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن
محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ
ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها يقينا او
ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا

وان لم

وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها فان لم يجد الثياب يدفع
الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه
الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار
حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان
عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين
بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الى ما دون
السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء
ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة
على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة
وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد
الحاجة قال ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في
المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة
وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي
غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض
في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله
انها اذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء
قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما
كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي
من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى
بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها
وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم لدخوله عليها من غير استيذان وهو احد قولي الشافعي رحمه الله
لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة من غير استيذان وهو الدخول و
لنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه
يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد بن جبير والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها
ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد
ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها
ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل

في الاستبراء وغيره

ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس
الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط
والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد
ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو
الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن
من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب
استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة
والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة
والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام
على الاسباب دون الحكمة لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ بالحيضة
التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل
القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب
استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الاجازة
في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان
يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب
قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية
او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو
استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب
الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام
السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها
نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى بتوفيق الله واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء
لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف
الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق
في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي
اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في
غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء

في الحامل

في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في
المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لقدرة على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها
وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر رحمه الله
سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط
الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ
قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد رحمه الله فيما
اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو
كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به
ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث
الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان
المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا
يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي
للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت
بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا
او اكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن
له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل
هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين
الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما
في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من
قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان يأتي بالدواعي
فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة الا ان يملك فرج الاخرى
غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به
ملك اليمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل
لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق
في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى

لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاحا اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا
فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء
الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول
على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا
باس به بالاجماع وهو صحيح **قال** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام
من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع
به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع
بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع
بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة **قال** ومن علم
بجارية انها لرجل فراى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها
ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف
كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا
وهذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة
على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام
مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان
وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان
اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها
حتى يعلم انتقالها الى الملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك
له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك في حق الفاسق
والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا
ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى
ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها

عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره
فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي و
ان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها
الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق
ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان
تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ فلا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي
وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت
عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها
الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ
ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من
الرضاع لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك
تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاع لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك
عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت
المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او
اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم
يثبت المنازع وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد
رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين
فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع
في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل
اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ
منه **قال** ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر
الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم
وتضييق الامر عليهم ويكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا
لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا
التفصيل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم
يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص
الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف

كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال
لا احتكار في الثياب فابو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رحمه الله
اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا
طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام
من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان
يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله فقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان
قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمود **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه
من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا
يزرع فكذلك ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق
بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه الله يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد
كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة
قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسعروا فان
الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام
ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر
يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار
فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة
حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك
وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره
الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل
هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله
يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك **قال** ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه
ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا
يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك
قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد
تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه **قال** ومن آجر

بيتا

بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على
منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر
وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع
والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها
بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا
فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح **قال** ومن حمل لذمي خمرا
فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك
لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه
وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد
به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية **قال** ولا بأس ببيع بيوت مكة
ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء
ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة
محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا
يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها
ايضا لقوله صلى الله عليه وسلم من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة
تسمى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى
عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه
ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس
بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى
جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي
والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك
ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا **قال** ولا بأس بتحلية المصحف
لما فيه من تعظيمه فصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل
قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله
يكره ذلك وقال مالك رحمه الله يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله قوله تعالى انما المشركون

نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل غسلا
يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة عام فينتظم
المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في مسجده وهم
كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور
استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره
استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة
محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة
والناس وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما
فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم
وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره قال
ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه
ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق
عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم وروي انه كان
من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم
وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع و
يكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على
الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها
فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال صلى الله عليه وسلم لهو
المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه
نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم ما الهاك
عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره
ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه
قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره
كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل
لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه صلى الله عليه وسلم قبل هدية سلمان
رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط

من الصحابة

من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا
يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء
الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة
له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من
هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع
ونوع آخر ما كان من ضرورات حال الصغر وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الصغار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم
واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم
والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل
والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان
تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا
كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه
قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد
الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق
بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في
العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان
التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء
الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا
بأس برزق القاضي لانه صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضه الى مكة وفرض له
وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فيكون نفقته
في مالهم وهو مال بيت وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب
اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار
على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب
الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته و
ان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو الاصح
صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا
يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه

في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ
في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة
وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد
استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير
محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا
من قبل وام الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها ...

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك
مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له
او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان
من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري و
معنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي
مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون
مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع
نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون
قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهرزاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد ما اختاره ابو يوسف رحمه الله ثم من احياه
باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله
صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في
الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر المغانم ويجب
فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ
يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق
بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان
الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك
وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة
من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة

لتعين النظر فيه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء
سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر
اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام
ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج
فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء
انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر
غيرهم عن احيائها فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه
ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان
يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من
الساعات والايام والشهور لا تفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها
قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون
الاول وصار فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز
حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش
او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من
الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن
محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا
وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب
من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او
دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز
ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا
قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام
عنده او باذنه او بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا
عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في
الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون
ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله اربعون ذراعا لهما قوله صلى الله عليه وسلم
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون
ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر

العطن بالاستقاء منه بيده فقلّت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير
فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان
القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه
الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح
باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة
مسافة **قال** وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه
الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن
حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الماء الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة و
التقدير بخمسمائة ذراع بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه
في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرنا
في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل
الاول **قال** فمن اراد ان يحفر في حريمها منع من ذلك كيلا يؤدي الى تفويت
حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره
ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا
ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة
يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم
جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان
وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر
وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا وهو
بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان
لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب
ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون
الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد
انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء
لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر
حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس
شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به
ورد الحديث **قال** وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز
احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وكان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن

لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام **قال**
ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على
ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه
قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم
عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا
يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون
له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة
الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في
البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق
الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه
تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت
مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث
صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا
في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده
ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به
استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به الماء فهو
فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط
لرجل وللآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى
جنبه مسناة وللآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي
لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك
وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف
بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى
لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف
ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما
لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر
ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة
قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي
يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار

بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصول في مسائل الشرب**
فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة
والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من
الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه
لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع
به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس
فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه
نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل
اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك
في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فتغرق القرى والاراضي وعلى هذا
نصب الرحا عليه لان شق النهر للرحا كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق
الشفة ثابت والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار
وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما
وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة
ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره
فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع واذا اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها
كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو اجزنا
ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز
وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل
ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده
ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من
الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد
يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفر في ارض موات
ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا تقطع الشركة
في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز
في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البئر ونحوه الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك

الضفة بالكسر جانب النهر صح

معام

مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد
من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت
فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع و
المشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب
في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد
ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه و
يعدون المنع منه من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره
وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع
شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر
والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في
ذلك واعاره فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل**
في كري الانهار الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم
بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل
ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه
على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف
اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول
للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة
اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه
يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه
على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم جبر
على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض
به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانشقاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق
يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل
وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت
الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر
المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب
الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من

الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب
المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه
بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره
وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله
واذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه
لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل
الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد
يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى
واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك
على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم
يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه
ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح
او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين
قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على صفة
واحدة فان كان منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين و
لكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان
يسكر كل رجل في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس
به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحاء
الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحا
لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر
في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي
كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص
بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر
عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك
في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء
باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه
في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يوخر عن فم النهر فيجعلها

في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه
او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها
من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت
بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو
كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان
الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء
فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى ليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له
اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد
ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة
على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك
اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا
الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا
لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخرى وكذا اذا اراد
ان يقسم النهر مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما
وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه اعارة الشرب
فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف
البيع والصدقة والهبة والوصية حيث لا يجوز هذه العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس
بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا
لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق
لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع
الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حيوته وكيف يصنع الامام الاصح
ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه
فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا
بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء
الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او
نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي
عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من

ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد
وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهو النيء من ماء
العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس
هو اسم لكل مسكر لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرم والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر
ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان
حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا
ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا
لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني اريد به
بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره
في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان
الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة
ان الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي عن الكدر
واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في
حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر
ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد
وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين
وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان
قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف
سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمها الى سائر المسكرات والشافعي
يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام
لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه
والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم
حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم
يشعر بعزتها وقال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في
سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم
دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل
وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه
من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع

بها لان

بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب و
الثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي
الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع
الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم
يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر
جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام
في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق
والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي رحمه الله انه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع
عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء
من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع
الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت
الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه تتخذون منه سكرا وتدعون
رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد
وغلى ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي رحمه الله وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة
هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها
اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة
من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة
ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف
فلا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعه اذا كان
الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من
الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما
يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ويحد شاربه عنده
وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن
الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر

كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة
يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله
الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي
ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه الى هذه المدة من غير ان يحمض
دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة
يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما
نذكره ان شاء الله وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع
عن هذا الشرط ايضا وفي المختصر **قال** ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة
حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي على ما نذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد
قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته
بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين فكان مطبوخا لان المروي
عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب وبين الزبيب والرطب والزبيب والبسر محمول على حالة الشدة كان ذلك
في الابتداء **قال** ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم
يطبخ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله صلى الله عليه وسلم الخمر
من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط
الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره
كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل
قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل
وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه لا يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع
مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه **قال** وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد ومالك والشافعي رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد
به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه
توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وقوله صلى الله عليه وسلم

ما اسكر

ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه صلى الله عليه وسلم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه
حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله صلى الله عليه وسلم
حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر
بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا
وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا
يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول
على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ
حتى يرق ثم يطبخ حتى يذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان
صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ ثم يذهب
ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثا
ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
وفي رواية عنه انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير
فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب
ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر
جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر
والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ
من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح
من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد درءه
ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع
بالطبخ **قال** ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا
ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما
ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا
لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل
ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله
يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته **قال** واذا
تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال
الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا
وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه

التحول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل من غير فصل وقوله
صلى الله عليه وسلم خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح
من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح
للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة
والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قبل يطهر تبعا
وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه
الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط
به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبر
دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا
لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب
والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه
لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد
لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة
عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب
عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها
في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة
لا تؤكل لتنجسها بها ولا يحد ما لم يسكر منه لان اصابة الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه
بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث
الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى
يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ماء
يمازجه واياما كان جعل العصير كانه تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل هذا ان العصير
اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ
الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول
هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب
ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا
صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون
دورقا من الماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه
الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير
محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ
فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث
الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان
ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم
اهريق ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو
ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء
وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان
وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا
حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله صلى الله عليه وسلم
لعدي ابن حاتم الطائي رضه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه
فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على
كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو
مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب
ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد
بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه
قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين
فيتناول الكل بعمومه ودل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع
على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما
لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته
والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص
ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا
له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم
البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن
البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو

مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه أما الكلب فهو ألوف
يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك
الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال
فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان
الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص
الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه
الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب
على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا
وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى
عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل
التعلم غير معلوم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت
المولى ولو انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك لان الاذن
اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة **قال** واذا ارسل كلبه المعلم
او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد
من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا
في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهو الجرح
في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي
ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة
في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلناه **قال**
فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على
مالك وعلى الشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه
صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا
ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود
التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان
في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته ولان فيما احرزه

قد امضي الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه
احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين
انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل
الاجتهاد قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه
ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل
منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه
ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا
فصار كما اذا القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه واكل منه لانه ما اكل من الصيد
والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه
المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد
فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد
في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه
اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد
يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه
الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب
عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن
من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر
على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه
ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا
بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميتة حكما الا يرى انه لو وقع في الماء
وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا
وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي
لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه
اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر

كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت قال وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله
لا يوكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكر ان
شاء الله تعالى هذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال
لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح
يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان
في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل
لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه
حيوة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند
ابي حنيفة رحمه الله ذكوة الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل
كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مقيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء
به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة
حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه
ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية
واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق
الاخرى فذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم
اخذ الصيد فقتله يوكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال
وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله
صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه
واصاب اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني
لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم
ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يوكل
وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين ما بيناه في الكلب ولو
ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يوكل لوقوع
الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لا يوكل
لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول

ان المعتبر

ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال
وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يوكل
لما رويناه في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا
واحتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله
لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه
بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق
بين فعل الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول
حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون
الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف
ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل مسلم كلبه فزجره
مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار
اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي و
الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يوكل
لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل و
كل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله
احد فزجره مسلم فانزجر الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان
دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا
ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه فوقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا
ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل
تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الاخر
اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني
حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين
انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله
انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا يرى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف
السباع لانه يوثر في جلده وزفر رحمه الله خص منها ما لا يوكل لحمه لان الارسال فيه
ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا
وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله المحل لحما

وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقتله واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فاصاب
غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد
والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر
فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو او غيره وحشي حل الصيد لان الظاهر
فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان
الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب يحل في رواية عن ابي يوسف
لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا
فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح
السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل
لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** وان
ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده
قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه
اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كره
اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال
الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا
انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما
اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله
في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة
سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال
الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فوقع في الماء او
وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه
احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او
سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد
باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل
اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز
عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على
شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع
حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة

احتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على
ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى
الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب
آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي
على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة
الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان
كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء **قال** وما
اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله صلى الله عليه وسلم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب
بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه **قال** ولا يؤكل ما
اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك
ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله
وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا
كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا
يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع
بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او
بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا بأس
به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح
بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا
يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه
بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره
فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم
يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم
قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون
الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل لا
يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه وان اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه
فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فقطع عضوا
منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه
لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار

بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكوة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت
ذكر الحي مطلقاً فينصرف الى الحي حقيقة وحكماً والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه
حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكماً لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره
الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم قوله ابين بالذكوة قلنا حال
وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة
فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة
وحكماً لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكماً يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة
بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكماً ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر
من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يداً او
رجلاً او فخذاً او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه
لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده نصفين او قطعه اثلاثاً والاكثر مما يلي العجز
او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكماً
اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا
ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة وابان راسها تحل لقطع
الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل
قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيداً فقطع يداً
او رجلاً ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر
اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي معلقاً بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى
والعبرة للمعاني **قال** ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة
على ما بيناه في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانه من اهل
الزكاة اختياراً فكذا اضطراراً **قال** ومن رمى صيداً فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه
عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويوكل لانه هو الاخذ وقد قال صلى الله عليه وسلم
الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت
بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية
الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافاً الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال
لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه
يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كانت الرمية الاولى
بحال لا يعيش منها الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوماً او دونه
فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به عنده وعند محمد يحرم لان هذا

لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل **قال** والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته
جراحته لانه بالرمي اتلف صيداً مملوكاً لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف
يعتبر يوم الاتلاف **قال** رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال
يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافاً الى الثاني
وقد قتل حيواناً مملوكاً للاول منقوصاً بالجراحة فلا يضمنه كملاً كما اذا قتل عبداً مريضاً وان علم
ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري **قال** في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته
ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيواناً مملوكاً
للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولاً واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين لان الاولى كانت
بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال
يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن
النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانياً فالجواب في حكم
الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيداً على قلة جبل فاثخنه ثم رماه
ثانياً فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا **قال** ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا
يوكل لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب
فاذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاندفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من
الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى
من يهودي طعاماً ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء
فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة **قال** الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم
بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط
اللزوم على ما نبينه ان شاء الله وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين
فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف
الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن
شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في
ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه
ناقل للضمان من البايع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح **قال** فاذا قبضه

المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن
بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل
قبله **قال** واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هي امانة في يده ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه
قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين
اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة وما اقتضاه العقد اذا
لحق يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس
الراهن عنده ذهب حقك وقوله صلى الله عليه وسلم اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا
اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون
مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن على ما
قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن
يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق
الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك بثبوت ملك
اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع
فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد
تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض بالرد على
الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية
اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن
لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب
العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة
فالاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده
تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف
فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع
لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه
للبيع وستاتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا بدين
لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ
الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب
الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة

شئ ما م

والسقوط بالهلاك م

به وان كان لا يجب الا بعد الهلاك لكنه يجب عند الهلاك بقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض
فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة بهلاكه
بخلاف الوديعة وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين
سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كان قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر
ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن
بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن
وقيمته يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رض
قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به
فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ولنا ما روي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما
ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء
والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد
بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن
ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة
فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر ظلمه عند القاضي يحبسه كما بيناه في التفصيل فيما
تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا
يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو
محتمل فاذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية
كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد
فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد
فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له
حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية
لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل
على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف
المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم
يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين
ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو
المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين
يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء
الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على

من م

عاقلة في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن
الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم
صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد عدل وامران يودعه غيره ففعل
ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره
فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه
والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان
احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا
يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع
المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى
على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة **قال** وان كان الرهن في يده
فليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي
الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس
المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه
فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق
فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم
يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي
القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن
وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك
لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر
ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا
ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي **قال** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده
وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان
عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظ بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن
الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة فاذا تعدى المرتهن في
الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات
تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال
لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه
مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب
الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه

سيفين

سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثالثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين
الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان
هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن **قال** واجرة
البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على
الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل
او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة
ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان
ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ
لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ
الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان كرى المأوى على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد
الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن
والدين سواء فان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة
لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها
فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن
وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما
جعل الآبق انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض
والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك
والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي
ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما وجب
على الآخر بامر القاضي رجع عليه كأن صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه

والارتهان به وما لا يجوز **قال** ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان احدهما
ينبني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع
وعنده الشياع يقبل ما هو حكمه وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم
يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل
ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام

لانه لابد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم
الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان
لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم
الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن
في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء
فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء
سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار
القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح
الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن **قال** ولا رهن تمرة على رؤس
النخيل دون النخيل ولا زرع في الارض بدون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها
لان المرهون متصل بما ليس بمرهون فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون
النخيل او دون الزرع او النخل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل
ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده
وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون
استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم
للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان
هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل
تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله
من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع
بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء
والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه
ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل
كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء
المرهون ويمنع التسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا
رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا
رهن متاعا او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما
في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه
لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر **قال** ولا يصح الرهن

بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن مضمون
فلا بد من ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك يصح بالاعيان المضمونة
بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا
لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون
مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد
يصح الرهن بخلاف الضمان مستقر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته
فكان رهنا بما هو مضمون فيصح **قال** والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة
والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل
لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة و
لهذا يصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة
لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني
الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود
باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض
على سوم الشراء فيضمنه **قال** ويصح برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله
لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود
ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المالية وهو المضمون على ما مر
قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك بغير شيء لانه لا اعتبار
للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم
الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا
لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا
للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه
لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك بعد التفاسخ يهلك
بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن
رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن
لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى
في يد المشتري يهلك بقيمته **قال** ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع
في الباقين ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء
بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان

المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك
لا يجب عليه شيء ولا باجر النائحة والمغنية حتى لو ضاع الرهن ضاع مضمونا لانه لم يقابله شيء مضمون ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا
كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها
بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز
رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين **قال** ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه
خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون وعن ابي حنيفة
خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه
الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة
ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن
ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء
ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض
يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن
يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه
قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه
المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة
ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذلك وكيل البائع بالبيع و
الرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه
او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة
شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه
فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه
لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر
الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر
الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا
ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما
واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة
جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى
له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن
الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه

لازما

لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان
الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى
احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا
دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على
امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا
لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي
فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره
لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب
به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره
لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي
بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في
حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان
كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم
عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر
القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت
قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن
لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على
التفصيل الذي فصلناه فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق
المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ
مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه
لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند
المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي بذلك لما ذكرنا **قال** ويجوز رهن
الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن
فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند
المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون
القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه **قال** رضي الله عنه معناه ان يكون قيمته

مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفا عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين
مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفا
بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يودي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف
جنسه لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها واستيفا الجيد بالردي جايز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفا بالاجماع
ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا
الانسان لا يضمن ملك نفسه فيتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البنا لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا
فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها
والزيافة لا تمنع الاستيفا وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض
القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته
مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب
شي من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا ان يفتكه مع النقصان
لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه
ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا
وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا
صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا
الاستيفا عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت
قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق عندهما ظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة
الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الرابع وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر
عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداة
فان كانت باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان
الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف
يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى
لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداة
ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثني عشر وهذا لان الجودة متقومة في

ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا يعتبر عند المقابلة
بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه من
المبسوط والزيادات مع جميع شعبها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا
بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان
يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم
للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل
معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان غايبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه
وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بينا ولا جبر
على التبرعات ولكن البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه
وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفا يثبت على المعنى وهو القيمة **قال** ومن اشترى
شيئا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبي
عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطا والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا
ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي
بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن
قلنا لما مده الى الاعطا علم ان مراده الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف
درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يودي باقي الدين وحصة كل واحد ما يخصه
اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الراهن محبوس بكل الدين جزء من اجزايه مبالغة في حمله
على قضاء الدين فصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا
من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى
ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد
لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز **قال** فان رهن
عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن
اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا

مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين لا يجوز
عند ابي حنيفة رحمه الله **قال** فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر
قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من دينه منهما لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا
حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى **قال** فان قضى احدهما دينه كانت كلها رهنا في يد الآخر حتى
يستوفي دينه لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا
ادى احد المشتريين حصته **قال** وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا
فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض
الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه
عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا
وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله
رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء
لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون
رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه
الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا
يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان
قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له **قال**
ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد
منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا
باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء
به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته
وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في
الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح
على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله
في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض
ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان
يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن
وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع **قال**

وليس

وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق
حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او
المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي
عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه
لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن
بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه
وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد
وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار
ان شاء رجع على الراهن بالثمن لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا
رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا
انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه
وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم
الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا
قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد
فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا
التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن
الى من امره الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد
لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه **قال** رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد
قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه
رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه
بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان وصح
الايفاء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور
من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان
قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن
ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه
وبالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف

الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين
ان الراهن رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى **باب التصرف في**
الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره قال واذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على
اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما
زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه
وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف
الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه
ينتقل حقهم الى البدل تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المرهون اذا بيع برضا
الغرماء لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه
انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن
بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت
حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا
فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن لان العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه واذا ضمن
العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر
ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا مقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان
ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره ولئن تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي
ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن
فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان
العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا يجمع
فيه بين البدل والمبدل **قال** واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند
حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن
ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه
او حقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن
وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك
البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله وكذا بوصفه لما
ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله فان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن

لا يبطل

لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم **قال** وللوكيل ان يبيعه
بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته
لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت
الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه
لا براي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه
الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما
انه لازم بعدما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف
المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي
ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر
الراهن على تسليمه بالبيع **قال** فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه و
الراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة
وغاب الموكل فابى الوكيل ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف
الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن
لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا
للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رحمه الله ان الجواب
في الفصلين واحد يؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد
خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا
واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك
اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل
الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه
قام مقام الاول لحما ودما **قال** وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن
فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه
وليس له ان يضمن غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما
ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل
لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة
لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع
المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن فصار له

كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل
ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول
لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم
اجر او رهن او وهب من غيره فاجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن
ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود
لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا
في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق **قال** فان
اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ اذا كان المعتق
معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على
بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها
اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم
اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الابق والمغصوب ولا خفاء في
قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال في الرقبة باعتاقه
يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى
من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية
عند ابي حنيفة رحمه الله فاذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن
موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة بقدر الدين
فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل
الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه ان كان من
جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى بها الدين الا اذا كان بخلاف
جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان
الخراج بالضمان **قال** رضي الله عنه تاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين
اقل من القيمة نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو
مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه
لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه
فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار
والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من
حقيقة الملك الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا

لنقصان

لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا في رواية واحدة
عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة
ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا
ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجب السعاية فيهما لسوينا بين الحقين
وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب
السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في
حال ملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية **قال**
ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع
البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح بالاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى
الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية
اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في
الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى
بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس
الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان
بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى
ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن
حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي بها الدين ولو
اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه
بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى **قال**
وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان
رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد
ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت
بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون
عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلكه المرتهن والدين مؤجل
غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان بدل العين
فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه
جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن

فان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب
بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين
بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه
الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف **قال** واذا اعار المرتهن الرهن الراهن ليخدمه
او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك
في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان
عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده
على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة
والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن
وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد
القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر
سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما
حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن
الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن
يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم
الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن من الراهن ليعمل به
فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد
الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال
لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع
باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز
ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع
والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو
عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا
للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد لان كل ذلك
مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا
خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن
بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار

ما امره

ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام
الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله
بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه
عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان
كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع
الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه
ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى
دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن
على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ
ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان
يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو
اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في ما بين الحالتين
ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكاره اصله فكذا في
انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد
المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته
بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان
الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرد
الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما
حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف
ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب
بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
بالفكاك وقد عاد الى الوفاق عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من
الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق بالاستيفاء **قال** وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم
وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا
قيمته ليشتري بها عبدا يقوم مقامه **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدر ما

ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن
فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها
جناية المملوك على المالك الا يرى انه لو مات الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير
المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع
العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن
فان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن
كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب
التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا
فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة
انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه
انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال
ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله
رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على
الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا
خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان
نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به
الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر
الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا
بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان
الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا
بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق
بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء
وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول
لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة ويبقى تسع مائة
في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد
لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال وان كان امره الراهن ببيعه

فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسع مائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان
الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى
كذلك هذا قال فان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد
المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد الاستيفاء وقد
تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر رحمه الله
ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شيء من الدين لما ذكرنا فكذا اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في
ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب
يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام العبد الثاني
مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه
منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار
فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد
تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا
قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك
ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت
في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية
لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه واذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن
بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق
لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان
على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب
الراهن بالدفع او الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من
الدين كما لو هلك فان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق
رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن
بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما في الفداء وان لم
يؤد بيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق
ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر
فالفضل للراهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان
دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى

رهنا به كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل
امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى
يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق
ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو
رهن بالف وقد جنى العبد قيل لهما افديا لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء
في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن
لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا
اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن
وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه
لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي
واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء
متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن وفيما
الترتيب والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور
وسنبين القولين ان شاء الله ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن
نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء
متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط
الدين بقدر نصف الفداء فكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا
اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه
فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا
لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن
متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا
امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي واما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته
والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال
واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا
بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا
وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر
في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ما له من غيره وان كان على الميت دين
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء
بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال

المانع

المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء ويبيع في
دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز
لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في الوصايا
ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو
رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن
محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه
يتخير لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت
فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا
حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ
جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن
يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال
ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون رهنا
مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع
لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان
هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم
الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته
والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيعة فما اصاب الاصل يسقط من الدين بقدره
لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرناه وصور المسائل على هذا
الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات ولو ارتهن
شاة بعشرة وقيمتها عشرة فقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب
وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لانه اباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانه اطلاق
وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم
يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة
الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان
اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن
اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذا ولد الشاة اذا
اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز
الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الراهن
راهنا به وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر

وقال ابو يوسف تجوز زيادة في الدين ايضا م

والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن
في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة
والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع
عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه
لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن
في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة
الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا
في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان
في كل واحد منهما ثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم
ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد
وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين
على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت على الام قال وان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا
مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول
لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض
ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه
لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني
يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها
جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف
ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب
عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض
العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير
شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما
في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه
يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او
وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في
يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن

الدين

الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى
منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه
وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله
فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى
بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك
الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل
مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل
وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد
بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد
من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله
وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا
متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال
والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله صلى الله عليه وسلم
العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها
دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي
اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رحمه الله الا ان له حق العدول الى المال من غير
رضا القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه و
يتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب
ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه
مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار
ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند
الشافعي رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها
ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير و
تعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم
لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري
مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله اذا ضربه بحجر عظيم او
بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية

باستعمال آلة صغيرة لا تقتل بها غالباً لانه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر
باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمداً موجباً للقود وله قوله صلى الله عليه وسلم
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا
يستعمل فيه اذ لا يمكن استعماله على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً
الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير **قال** وموجب ذلك على القولين
الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل
ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ
وتجب في ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبينه صفة التغليظ ان شاء الله تعالى
ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان
الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفنا **قال** والخطأ على نوعين
خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصاً يظنه صيداً فاذا هو آدمي او يظنه حربياً فاذا هو مسلم وخطأ
في الفعل وهو ان يرمي غرضاً فيصيب آدمياً وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى فيه
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم
فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة
والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث
لان فيه اثماً فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فاخطأ
فاصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه
اذ جميع البدن كالمحل الواحد **قال** وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على
رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه
وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب للتلف وهو متعد فانزل موقعاً
دافعاً فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رحمه الله
يلحق بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلاً ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة والحق به في
حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمداً اما العمدية
فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الاباحة وتحقق المساواة
قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد

اي معصوم الدم بان يكون مسلما او ذميا

لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد
ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف
الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت
الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** والمسلم بالذمي خلافاً للشافعي رحمه الله له قوله صلى الله عليه وسلم
لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة
ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلماً بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة
نظراً الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن
بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف
للمغايرة **قال** ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره
باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل
المستأمن قياساً للمساواة لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن ولا يقتل
استحساناً لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة
امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني **قال** ولا يقتل الرجل بابنه لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحاً ولانه سبب لاحيائه
فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلاً
او زانياً وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء
وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت
لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط **قال** ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه
ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك
بعضه لان القصاص لا يتجزى **قال** ومن ورث قصاصاً على ابيه سقط لحرمة الابوة **قال**
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلاً مشروعاً
فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف
والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب
التحرز عنه كما في كسر العظم **قال** واذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله
القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ارى في هذا قصاصاً لانه اشتبه
سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حراً والملك ان مات عبداً وصار كمن قال لغيره

بعتني هذه الجارية بكذا او قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا او لهما ان
حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى
المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم
ملك النكاح ولو ترك وفاء وله ورثة غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له
الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم
في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيهما وان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة
بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد
الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه
لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي
المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه
كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان
قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له
ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه
تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح
المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب
ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فانها خلقت وقاية الانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه
السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا
القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب
لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهم كملا كما في ولاية الانكاح
بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال ومن
ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه
وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو

رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجاة الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود
قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا
بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وهي مسئلة الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا
الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة
قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب
المقتل بغير قصد والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا
في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان
عنده يستوفي جزاء وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله صلى الله عليه وسلم من غرق غرقناه
ولان الالة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرد في العصمة وله قوله صلى الله عليه وسلم الا
ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الالة غير معدة للقتل ولا
مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه
يقال اقتص اثره ومنه المقصة ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا
يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او
هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا
عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في
الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما
ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه
لا يوجب القود وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين
على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب الدية
اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثيره سوادهم قال النبي
صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد
واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه
هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى ياثم عليه وفي النوادر
ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي
شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ رحمهم الله على ما كتبناه في كتاب التجنيس
والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت

ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا بالنهار في غير مصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما

قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي حنيفة رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما حقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية **قال** ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته **قال** ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا في الاسترداد في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك **قال** وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة **قال** ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة

فيذهب ضوءها وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن المقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا **قال** ولا قصاص في عظم الا السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما **وقال** صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد او الخطأ **قال** ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد هو يعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله بخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش **قال** ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط في الثاني وكذلك البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفى ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى **قال** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش كاملا لان الشجة موجبة لكونها شيئة ويزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى

لا يختلف **قال** ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قطع
من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المماثلة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر
فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كلها او بعضها لانها لا
ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع
ففيها القصاص لانه يمكن اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال
قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله صلى الله عليه وسلم
من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت
للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل
فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع
وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله
الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد **قال** فان كان القاتل
حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف
على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او
صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية و
اصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله
في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا
انه صلى الله عليه وسلم امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق
يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث
او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء
والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين
فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص
ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال
لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال
زفر رحمه الله يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب
نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل

الى ثلث

الى ثلث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع
ويجب في ماله لانه عمد **قال** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه
فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة
للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا
شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم
ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل
لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو
القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء
التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق
فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل
بقتله فاكتفي به **قال** ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه
موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رحمه الله اذ الواجب احدهما عنده **قال**
واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله
تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي
تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع
حصل باعتمادهما والمحل متجزي فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق
لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل
في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث **قال** وعليهما نصف الدية
ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله
في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق
فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة
ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص
ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب
تستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان
يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الآخر واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر
في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا عليه **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رحمه الله
لا يصح اقراره لانه لا يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم لانه مضر به
فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى

عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلاً عمداً
فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطاء كانه رمى الى صيد فاصاب آدمياً والفعل يتعدد بتعدد الاثر **فصل**
ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمداً ثم قتله خطأ او قطع يده
خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً فانه يؤخذ بالامرين
جميعاً والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميماً للاول لان القتل في الاعم
يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل
واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين
لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان
الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل ان تبرأ يده فان شاء
الامام **قال** اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع
متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل
وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية
الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع
وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من
غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز
القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل
والقطع قصاصاً يجتمعان **قال** ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين ومات
من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت
في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة
وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه تجب اجرة الطبيب
وان ضرب رجلاً مائة سوط وجرحه وبقي له اثر تجب حكومة عدل لبقاء الاثر والارش
انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع
ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية
ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً فهو
عفو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس
ايضاً وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرت الى النفس ومات لهما ان العفو عن
القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفواً عن احد

موجبيه ايهما كان لان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عنه عفواً عن نوعيه
وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة فكذا هذا وله ان سبب
الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو
غير القتل بالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص
وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو
اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة
له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو
بخلاف الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو
عن السراية والقتل ولو كان القتل خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً و
خلافاً اذ من بذلك طلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً فهو
من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار
كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث
قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى
عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمداً ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان
العفو عن اليد اذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون
تزوجاً على ما يحدث منه ثم القطع ان كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف
وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان
التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف
في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في
مالها لانه عمد والقياس على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل يرده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة
عليها وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على ارش اليد واذا سرى الى النفس
تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد
ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها **قال** وان
تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات القطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا
تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على
خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
اصلاً كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالاً فانه يسقط اصلاً وان كان خطأ
يرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك الميت وصية لان هذا تزوج على الدية

ومن تصلح مهراً الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج
الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانها محاباة فتكون وصية وترفع عن العاقلة لانهم
يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لما انهم لم يتولوا القتل فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج سقط ثلثه وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله كذا الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه
عندهما فاتفق جوابهما على الفصلين **قال** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات
فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع
لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف انه يسقط
حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع
ظناً منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به **قال** ومن
قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها و
لهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل
البرء وبعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع
وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعاً واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال
لانه يحتمل ان يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه وملك القصاص في النفس ضروري
لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم
الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتعين كونه
قطعاً حقاً بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف واما اذا قطع ثم حز رقبته
قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع ان كانت تابعة
قياماً فالكف تابع لها غرضاً بخلاف الطرف لانها تابع للنفس من كل وجه ومن له القصاص
في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من
سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام
والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلاً ولهذا لو
وقع ظلماً كان قتلاً ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا
ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها
بالفعل اما تقلداً كالامام او عقداً كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة

كالرمي

كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب فانه يعيد
البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد فان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين
يكون لابيهما على آخر لهما ان القصاص طريقه الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه
فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية وهذا لو انقلب مالاً يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه
بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصماً عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة
دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه
من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه
الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصماً عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان
اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر
سقوط حقه في القصاص الى المال فلا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر
خصماً عن الغائب وكذا عبد بين رجلين قتل عمداً واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا **قال**
فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو
منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالاً فان صدقهما القاتل
فالدية بينهم اثلاثاً معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح
اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق فيغرم نصيبه وان
كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضاً وهذا لانهما اقرا على انفسهما
بسقوط القصاص فيقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل الا بحجة فينقلب نصيب المشهود عليه
مالاً لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان
سقوط القود يضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه
لاقراره له بذلك **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القود اذا كان عمداً لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص
على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف
اذا صار بالضرب صاحب الفراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح
قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو
باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان آخر والقتل
بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد فيختلف احكامهما فكان على
كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بالعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء

قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد **قال** فان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او لو اكذبهم في نفي العلم ظاهرا او درءا باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة **قال** واذا اقر الرجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا وقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدا على رجل انه قتل وشهد آخرون على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كلا منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان انعقد موجبا لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك **قال** وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية تنقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلنا الرغبات فيه فلا يجب بعد الضمان فلا يتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه **قال** ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو

مباح

مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يوكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله تعالى اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل ثم وقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات **قال** وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية قيدها بوصف الايمان فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئه ما في البطن لم يعرف حياته ولا سلامته **قال** وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ فابن مسعود رضي قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به **قال** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضي بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا **قال** وقتل الخطأ تجب الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا به والشافعي لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها

وزن ستة وقد كانت كذلك **قال** ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضه
هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء
مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها
وذكر في المعاقل انه لو صالح من الدية على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير
بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف
من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي كرم الله وجهه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم
وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف امامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه
ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه **قال** ودية
المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي
ثمان مائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم لقوله صلى الله عليه وسلم
عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رحمه الله ما روي ان النبي عليه السلام
جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي
لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك رحمه الله
فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه **قال** وفي المارن الدية وفي اللسان الدية والاصل
فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي
اللسان وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق
بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في
اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على
الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة
لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو
النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة
قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف
تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل

لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة
الكلام وكذا الذكر لانه تفوت بفواته منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي
ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان
الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها **قال** وفي العقل اذا
ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه و
معاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة
وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل
والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفويت منفعة
الجمال وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك والشافعي رحمهما الله تجب فيهما حكومة
عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في
بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان
القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقه تفويته على الكمال فيجب الدية كما في
الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف
في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة
بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر **قال** وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح
لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كانت النابت على ذقنه
شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه لا يزينه وان كان اكثر
من ذلك بان كان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه
بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا
كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية
ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء
في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب
حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي
الحاجبين الدية فيجب كمال الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله
تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية **قال** وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية
وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية وفي الشفتين الدية كذا روي في حديث سعيد
ابن المسيب رحمه الله عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية
وفيما كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما

نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشيا تفويت جنس المنفعة او كمال
الجمال وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي ثديي المرأة
الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي
الرجال حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية
كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع واستمساك اللبن وفي احديهما نصفها لما بينا
قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدهما ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده
الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في
الشعر وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى
عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان
في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم
فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن
مع القصبة **قال** وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله صلى الله عليه وسلم
في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي
عشر فيقسم الدية عليها **قال** والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل
المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع
كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فيقسم الدية عليها اعشارا **قال** وكل
اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف
دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع **قال** وفي كل سن خمس من الابل
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان
والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء
ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ
فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات **قال** ومن ضرب عضوا فاذهب
منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق
تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب
الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة
فلو زالت الحدوبة فلا شيء عليه لزوالها عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي
التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة
وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي

تصل

تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم
اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة
وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ **قال** وفي الموضحة القصاص ان كان
عمدا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينهي
السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص **قال** ولا قصاص في بقية الشجاج
لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة
كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل
وهو ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه
اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص **قال** وفيما دون الموضحة
حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل
وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله **قال** وفي الموضحة ان كانت خطا
نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة
ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية
لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة
ثلث الدية وقال صلى الله عليه وسلم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم
في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة
جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية
فلهذا اوجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة
وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة
وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية
مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان
في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت
في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة عدل لان
التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها بمعنى
الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب
وهو هذان العضوان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول

هو ان يسبر من السبر وهو ادخال الميل في الجراحة

والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية عن الاصل اما على رواية فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة

مالك رضي الله عنه حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان
الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما
به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف
الراس او جوف البطن وتفسير حكومة عدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم
مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان
كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع العشر وقال
الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف
عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد
نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان
في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما بينا فان قطعها مع الكف
ففيه ايضا نصف الدية لقوله صلى الله عليه وسلم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية
ولان الكف تبع الاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع
والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه
ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب
في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير
الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع
فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما
عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان
قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعان
فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف
والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان
الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله
ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع
واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار
الواجب ولو كان في الكف ثلث اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف
بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت
الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه
جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي
وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب دية كاملة لان

الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء
المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف
المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل
الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي
العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ **قال**
ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل
تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء
من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل
الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان كل
واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه **قال**
وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل
في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه
الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني
ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به **قال** وفي الجامع
الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية
في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا
قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل
وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو
قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر قدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان
الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك
الباقي لهما في الخلافية ان الفعل وقع في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة
في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله
يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري
فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما
بالاخر فاورثت نهاية شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس
من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا
وان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة

وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب
بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه
القصاص بخلاف الخلافية الاخرى لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله
على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما
لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب
الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قصاص في التسبيب بخلاف السراية الى النفس
لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على
رواية ابن سماعة رحمه الله ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو
قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه
الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية
انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم تفت عليه
منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو
قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا
مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما
كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول
فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد
المنبت ولم تفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع
وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك القصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا
بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين
انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب
انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب
وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل
مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول
قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان
اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي
وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه
يجب حكومة الالم وسنبينه في الجنين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت
يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان

يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو اخضر او
احمر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر و
نبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف
عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه
وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه
اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او
بشبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط
فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره
فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتل قبل البرء
فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية
وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح
رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص
في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم يستأنى في الجراحات
سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى
النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية
في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل
العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب
بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن
في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله
تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف فيجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا
عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا
انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم
الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه
لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمد قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية
اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر
لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه
الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي
عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد
حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة

به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل
عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي
لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف
ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي
قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا
من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه
غرة نصف عشر الدية قال رحمه الله معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية
المراة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين
غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على
من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم
وقال مالك رحمه الله في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة
ولانه بدل النفس ولهذا سماها عليه السلام دية حيث قال دوه فقالوا اندي من لا صاح
ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال
الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا
ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة
في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال
بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل
العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية
لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق
ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معنى الادمية ولا تفاوت
في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وان القته حيا ثم مات فعليه الدية كاملة لانه
اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وقد صح انه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين
بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته
ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته
بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق
بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث

عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال
وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال
الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل
ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في
ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيتقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو
انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده
على ما نذكره فيصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات
ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان
في حالة الرق ولهذا يجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي
فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه
مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما نذكر من بعد ان شاء الله تعالى
قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة
احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى
كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام
في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة
والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر تميز من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا او اريا فلرجل من
عرض الناس ان ينزعه لان كل احد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق
النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه فكذا في حق
المشترك قال ويسع الذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور
ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي بنافذ ان يشرع
كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز
التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر
الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق
الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما

قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية
على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا
اذا سقط شي مما ذكرناه في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة
وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه
عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحايط رجلا فقتله فلا ضمان عليه
لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحايط فالضمان على الذي
وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحايط ولا كفارة عليه ولا يحرم
عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف
وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا
للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع
خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان
على البايع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا
فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه وان حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لنسخ
الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل
كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان
يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب
الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم فان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا
لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجرة ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه
فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا
اذا رش الماء او توضى لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة
غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه
من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة
اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن ولو تعمد
المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش
بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب
الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شي وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر
في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو
رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر

اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر
استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير

بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت
بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال
فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر و
الخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه
ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في
الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه
فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل
بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره
السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي
الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل
في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن
لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه
وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان
لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب
متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال
ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن لانه لا
سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن في
الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه و
ان استاجر اجراء فحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شي على الاجراء
ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه
لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة
لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر
مسبب والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر
ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فرجح جانبه
وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور

فيبقى الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان
فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على
المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى
ما ذكرناه فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد
الرجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي قنطرها وكذلك ان وضع خشبة في
الطريق فتعمد الرجل المرور عليها لان الاول تعد وهو تسبب والثاني تعد وهو مباشر
فكانت الاضافة الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في
الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن
وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان
لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان الحامل للشيء قاصد حفظه فلا حرج في
التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه
فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان
الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا
او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير
العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذا
من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله
باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد
لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة
اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق
كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله **قال**
وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في
غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يضمن على كل حال ولو كان
جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او مر فيه مارا
او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف
وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر
للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله ان المسجد

بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل
مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في
الطريق والمشي الى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس
رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة
واقام الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى
طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى
سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة
ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس
من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل
هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع
صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم
اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا
لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضرر ون
به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من
ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه
في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي الى الاستئصال
والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان
العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد
قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف
بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة
رجل وامراتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك
في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي
ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم
اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امراة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند
السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به **قال**

وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى صاحب الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان
كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك بازالة
ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جايز
ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي
او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار
بعد ما اشهد عليه بالنقض وقبضها المشتري بري عن ضمانه لان الجناية بترك الهدم
مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ
بالبيع فلا يبرا على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه
فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من
نقض الحايط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع
وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي و
الى اب اليتيم او امه في حايط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في
مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان
عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق
العبد وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال
اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا
يتمكن من نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو
سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض يضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض
ملكه فالاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت
على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمن لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان
التفريغ الى مالكها **قال** واذا كان الحايط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بيرا
او بنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر و
بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش
الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر
لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل فاذا كان كذلك
يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل

جراحة علة للتلف بنفسها صغرت ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل
لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة وما اصابت بيدها او برجلها او براسها او
كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان
المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي
حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل
النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد
فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة
عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان
اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة
فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت برجلها
او بيدها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عين انسان
او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لان في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه
اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف
الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه
الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف
قال وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان ببولها او روثها ضمن لانه متعد في
هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم
منه فلا يلحق به والسايق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقايد ضامن لما
اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة **قال** رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمراى عين السايق فيمكنه الاحتراز عنه
وغايبة عن بصر القايد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السايق لا يضمن النفحة
ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز بخلاف الكدم لامكانه
كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة
كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله صلى الله عليه وسلم الرجل جبار معناه
النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب **قال**
وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السايق والقايد لانهما مسببان بمباشرتهما

شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأت الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة
عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل
الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى
المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق
بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص
بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب على ما ذكرناه والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان
عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى
عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله و
فعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيعتبر نصفه ويهدر نصفه كما اذا كان الاصطدام
عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا
فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت يضاف
الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة
في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه
وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره
وروي عن علي كرم الله وجهه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه
فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي
ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية
تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة
وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا
والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول
الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي وقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر
نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول
وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل
وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن

وكذا

وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان
الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة ولانه
قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد
بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير
انسانا ضمن به الدية على عاقلته لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه
ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا
ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله فان كان معه سائق فالضمان
عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق
في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان
ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق
يسوق ما كان قدامه قال فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ
المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره
فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم
يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان
عليهما في الابتداء فكل واحد منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب
من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير
لانه آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان
على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير
اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها
سائقا فاصابت في فورها ضمن لان الفعل ينتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل
طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر
سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا
ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل
ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها
الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان
الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف
انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها
مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال

الا اذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقف بعد الارسال في
الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لا ينقطع حكم الارسال لان تلك الوقفة تحقق مقصود
المرسل لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف
ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال
في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح
ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل
وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا
او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار (اي هدر)
قال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه
من الارسال واخواته **قال** شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان
المقصود اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا
في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا
بالشاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا
قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال و
العمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه
انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات اعين
اربعة فيجب الربع بفوات احدها ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها
فنفحت رجلا برجلها او ضربت بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على
الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب و
المركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس
متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان
واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف
ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب
فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت
بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف
في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على الناخس والراكب
نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها

والضمان

ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه
اعني الآمر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا
اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة يضاف اليهما والاذن يتناول
فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان
علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط وعلة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح
صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية
عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على
الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت
انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء
ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس
انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في
فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب
على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو
على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا
فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء
منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك لانه متعد بشغل
الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه
بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى
الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم
له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه
ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في
الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة
الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث
لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر
به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حيث تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان
العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع

تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط
الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال
الزكاة بخلاف الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالجاني الحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة
الفطر قال وان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه
ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره
اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه
لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق
المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق
من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية
الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء
جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه
على قدر حقهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق
الثانية به كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه
الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا
جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا
ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش
النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق
به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف
مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق
متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك
التفريق في موجبها قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن
ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه و
حقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني مختارا لان الاعتاق
يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير
والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل
لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك
لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي رحمه الله بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر

فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا
يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار
للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا
حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير
بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له
اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق
المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما
بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف
التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من
غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير
مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان
الدين لحقه من جهة المولى فيلزم قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته
او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا لان
وقت تكلمه لا جناية ولا علم له لوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى
انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق
والطلاق لا يحنث في يمينه بذلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط
ينزل عند وجوده كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته
ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا
قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير
فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتاق
يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على
مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال
واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد
فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا
عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح
كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر واذا
سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل
فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ منكوحته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم

بجرمتهما عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده
تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا ان
يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل
على الرضا فيه هذا لانه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل يكون ارضى بكونه عوضاً عن الكثير فاذا اعتق
يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلاً
فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل
عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فان العبد
صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالاً فيما اذا عفى عن اليد
وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب بعض مشايخنا
قال ما ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان وقيل
بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهراً لان الحق كان له في اليد من حيث
الظاهر فيصح العفو ظاهراً فبعد ذلك وان بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى لمنع وجوب
القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال واذا لم تبطل
الجناية لم تمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل واذا جنى العبد المأذون
له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة
لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء
والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى
ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث يجب قيمة واحدة
للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته
الحق لانه دونه وهنا يجب لكل منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما **قال** واذا
استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية
لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء
فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها
وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ
فلا شيء عليه لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابراء العبد والمولى الا
انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك
خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده
الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد

على المولى دفعاً او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت
داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله
لما ذكرنا **قال** ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذا كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحساناً وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئاً بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر
وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في
الوطي والغلة وفي الشيء القائم اقر بيده حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر
والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليه ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون
القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا
بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية
للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف
الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت
مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية **قال** واذا امر العبد
المحجور عليه صبياً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه
سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبياً لانهما لا يؤاخذان باقوالهما
لان المؤاخذة فيهما باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابداً
ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية
العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية **قال** وكذلك ان امر عبد ومعناه ان يكون الآمر عبداً
والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء او قيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة
وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لان عمده خطأ اما اذا كان
كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد **قال** واذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد
منهما وليان فعفى احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة
آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار
كما لو وجب المال من الابتداء لان حقهم في عشرين الفاً وقد سقط نصيب العافين وهو
النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمداً والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد
فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة
آلاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالاً كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف
وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر

القاء وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفه
وقالا رحمهما الله يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لاحد وليي العمد فالقسمة عندهما
بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف
الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق
بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه
المسئلة نظاير واضداد ذكرناها في الزيادات **قال** وان كان عبد بين رجلين فقتل
مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يدفع الذي عفا
نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وجه قولهما ان القصاص كان واجبا على العبد
نفسه فاذا عفا احدهما ينقلب نصيب الآخر مالا وذلك نصف الدية لكن شايعا في كل العبد
فما لاقى نصيب نفسه سقط وما لاقى نصيب شريكه وهو العافي ثبت فصارت جناية موجبة
ربع الدية فيفديه بذلك او يدفع ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو اوجبت
كل الدية لوجب دفع كل العبد ووجه قول ابي حنيفه رحمه الله ان حق كل واحد منهما في
القصاص في نصف العبد لكن غير معين لان كل نصف يصلح محلا للقصاص سواء كان
ذلك النصف نصيبه او نصيب صاحبه او شايعا بين النصفين فاذا انقلب نصيب الذي
لم يعف مالا انقلب في محل القصاص فيكون غير متعين ايضا فعلى تقدير انه لاقى نصيب نفسه
بطل جميعه وعلى تقدير انه لاقى نصيب شريكه ثبت جميعه وعلى تقدير انه لاقى نصفا شايعا
من النصيبين ثبت نصفه وبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك

فصل

ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة
آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية
خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي
تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة
ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا تجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من
حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا
وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ودية مسلمة اوجبها مطلقا
وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية و
الآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب
بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى
بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذا امر الدية وفي قليل القيمة الواجب
بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة

الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة
باثر عبد الله بن عباس رضه **قال** وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا
خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته
وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم
على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان
ضمان الغصب ضمان المالية **قال** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك
فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه من ذلك الى
ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى و
على الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى
وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان المستحقين في الحالين مختلف بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت
الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة
سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الاخرى فينزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر
بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع
للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت
الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم ولا يعتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم
لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية
لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال
فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي
منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه واما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل
الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه
فيمن له الحق فاذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه
من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب
في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق
على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين
في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه

اظهارا من وجه على ما عرف وبعد التنجيز بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت
لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر
بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل
كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول
لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وامتثاله ولاية النقل من المجهول
الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها
قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء
امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما
نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة
لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف فسقوط اعتبارها في
حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف
ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان
معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان
من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء
امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير
مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء
وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى
ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم وتتملك الجثة فوفرنا على
الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة
رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او
الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب
الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى
في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل
لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء
وجناية المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة

ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها
ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى
جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع
قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان
شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم
تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء
ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن
بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي
الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت
كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين فاذا اعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع
فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا
لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا
يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه
والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية
فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية
فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب
عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو
ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير
السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اوليائه
الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين ولي الجنايتين
نصفين لاستوائهما في الموجب ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق
نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا
السبب ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به

المولى على الغاصب عوض عما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في
جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا
من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه
على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان
جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع
بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية
اذ هي كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع
بخلاف الفصل الاول عند محمد رحمه الله ثم وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه
المولى نصفين ويرجع بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب
في المدبر في جميع ما ذكرنا الا انه في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال
ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه فجنى عنده جناية فعلى المولى
قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته
على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق
كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد
قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه
الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق
والفرق لمحمد رحمه الله وهو ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى
لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة
يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه
قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات
من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن
في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه
لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى وجه الاستحسان
انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض
مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان

الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل

فاذا نقله

فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل
منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك
لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن
فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته
الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا
يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي
يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رحمه الله
في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشر سنة وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا
متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير
الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ
بالضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على
نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه
في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون
له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل
الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي
الذي وقع في يده المال دون غيره قال واذا استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع
لانه يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ...

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما
قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا ويقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله
واللوث عنده ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من
عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن
الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا
لا دية عليهم للشافعي رحمه الله في البداية بيمين الولي قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء فيقسم
منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول

غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب رحمه الله
ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم
ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه
المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار
تعيين الخمسين الى الولي لأن اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل أو صالحي أهل
المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فإن كانوا
لا يباشرون ويعلمون تفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما تفيد يمين الطالح ولو اختاروا
أعمى أو محدودا في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة **قال** وإذا حلفوا قضى على
أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي ولا يقضى له بالجناية وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله
صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بأيمانها ولأن اليمين عهد مبرئا
في الشرع للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية و
القسامة في حديث ابن سهل وكذلك جمع بينهما في حديث زياد وكذلك جمع عمر رضي الله عنه
بينهما على وادعة وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس
وكذا اليمين مبرئا عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت
ليظهر القصاص لتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن
القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت
بتقصيرهم في المحافظة كما عرف في القتل الخطأ ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لأن اليمين
فيه مستحق لذاته تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل
عن أصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى
الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ لأنهم
لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأعيانهم انه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل
عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية
الأصول أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فإن قال
لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم
وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم فيما وراءه يبقى
على أصل القياس كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية
على أهل المحلة لأنه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيوجبه بالنص لا بالقياس
بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناهما بالقياس وهو ممتنع

ثم حكم

ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لأنه
ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل فالدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى **قال**
وان لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت اليمين عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه
لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسين
ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولأن الخمسين واجب بالسنة
فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم
فيه استعظام أمر الدم فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له
ذلك لأن المصير الى التكرار ضرورة الاكمال **قال** ولا قسامة على صبي ولا مجنون
لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول **قال** ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل
النصرة واليمين على أهلها **قال** وان وجد ميت لا أثر به فلا قسامة ولا دية لأنه ليس بقتيل
اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف أنفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد أن يكون به أثر
يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان
خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا
خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل أحد
وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف
ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول
أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم
لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن للأكثر حكم الكل تعظيما
للآدمي بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولأنا لو
اعتبرناه تجتمع القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة فلا يتواليان والأصل فيه
أن الموجود الأول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب في الموجود
وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة
في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس فيه أثر الضرب
فلا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالا وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص
الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتا لا حيا **قال** واذا وجد القتيل على دابة يسوقها
رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا

اذا كان قايدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم
قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي
وجد بين وادعة وارحب كتب بان تقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب
فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه
الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم
جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه صلى الله عليه وسلم
جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة
دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق
التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم اقرهم على املاكهم وكان ياخذ منهم على وجه الخراج
قال وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا
مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة
البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة
بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان
لم يبق واحد بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال
من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه و
يدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار
تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا قسامة على
العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم
فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في
القسامة قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي
فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء
في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا
ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على
عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير

في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية
في هذا على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي
المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد
لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد
وفي البات اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار قبل القبض لانه دون البات
ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبايع
فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ ومن كان
في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد
من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كان دليلا على الملك ولكنها
محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد
من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب
والملاحين لانه في ايديهم واللفظ يشتمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى
السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذلك العجلة وهذا مارُوي
عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر اليد دون الملك كما في
الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على
اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه
والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال
مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب
على السكان وعندهما على الملاك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت
فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى
قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم
والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود
اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة
وابي يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب
ما ذكرناه من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف
بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كان فالقسامة والدية على عاقلته فان وجد بين
قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس
في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على

النفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في
يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها
بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهله بالقيام بدينهم عليه فيكون الدية و
القسامة عليهم قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة
عنهم وقد ذكرناه والقياس والاستحسان فيه وان ادعى على رجل من غيرهم سقط عنهم
والفرق ما بيناه من قبل قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة
لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه
فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على
اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط
به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة
من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية و
القسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند
انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا او وجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية
لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان
للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم
وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت
له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا
لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه
قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهما
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية
بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة
وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة
الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين
يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على رجل من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان
من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها
عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون
على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات
من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة
وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل

في القبيلة

في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله
ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش
اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه
جريح به رمق حمله الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف رحمه الله
وفي قياس ابي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده
فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار
نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر
لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله
ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال
ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه
لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين
كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال
محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد
قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان
والدية على عاقلتها اقرب القبائل في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة
ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت
الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة
تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة و
لو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو
على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية ولو ادعى الولي القتل على رجل من اهل
المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها لان القسامة والدية انما وجبت على اهل المحلة لانزالهم
منزلة القاتلين

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة و
هي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك والدية في شبه العمد
والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية
وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث حمل بن
مالك قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي
تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه
واستئصاله فيصير عقوبة فتضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر

والعاقلة

لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به والعاقلة
اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين فاهل
الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال
الشافعي رحمه الله الدية على اهل العشيرة لانهم كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون
الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم من غير
نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة
والحلف والولاء والعد والعد تكثير في القبيلة من غير حلف وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صار
بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال ولكن ايجابها فيما هو صلة وهو
العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة
قال فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتأويله
اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى
ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا
واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالفعل
ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة
الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية
او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على
القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان
القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى
عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر
مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة
بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في الولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته
قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل يقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على
اربعة دراهم وينقص منها قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكره القدوري في مختصره
وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد
من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم

في كل سنة

او درهم

او درهم وثلث درهم وهذا اصح وان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبايل
معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات
الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة
والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب
الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه
هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار
ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص عنها تحقيقا لزيادة
التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلاث
سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا فاقيم مقامه اذ كل منهما
صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكما خرج رزق يؤخذ
منه الثلث بمنزلة العطايا وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه
سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون
المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق
ذلك الشهر بحصته الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية
في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت
فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قايمين بالنصرة فيتيسر عليهم ويدخل
القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع
كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا
فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية
ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة
ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنساء و
الصبيان ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل
صبيا او امراة فلا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل
باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة
لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر
آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده

ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من
اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار
معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه
يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة
بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا
يخرج كثير من مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل
البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر لم يشترط ان يكون
بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون
ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال
واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم
مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي
نازلا بالمصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له
فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم فان كان لاهل
الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم
التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من
يوم قضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة
ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل
احدهما صاحبه يقضى بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا
القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون
فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم
ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا
عن ابي يوسف لانعدام التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول
ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر
يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب
هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان
المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال
وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته فاذا كان كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته
عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن

حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا
قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم
الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله
وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على
اهل البصرة بالدية ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان
بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم
بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم
الامام في العطايا حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس
فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال
اداء والاداء من العطايا ايسر اذ صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي
به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء
الاول ولكن يقضي ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة
بهم ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته
لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء ولا يعقل العاقلة
اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه
موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما دون ارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في
القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه
التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله او التسوية في ان
لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اوجب ارش الجنين
على العاقلة وهو نصف عشر بدل النفس على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الاموال
لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ولهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة
جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار
والصلح لا يلزم العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع
كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل الخطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية
في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت
بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة
بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول

الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة
مقر عليهم واذا جنى الحر على العبد جناية خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا
وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت
وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال على ما عرف وفي احد
قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية
في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات
كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة
ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف
منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة
تعقله عاقلة الام لان نسبه ثابت منها دون الاب وان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت
عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على
عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل ثابتا من
الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم
الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك اذا مات المكاتب عن وفاء وله
ولد حر مسلم فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء
يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين
ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة
الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت
باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر وعلى عاقلته لان الديات تجب مؤجلة
بطريق التيسير قال رضي الله عنه وهذه مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه
ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته
عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية
الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في
ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاول لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى
واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده
الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية

ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة
والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضاف الى حال قيامها

بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور
باملة مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط
بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية
ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة في قدر
التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو
قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة في اعمالكم تضعونها حيث
شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة
لما قلنا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة
وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع
لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة
لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف
في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة
بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل
ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش
غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى
لان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله
والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه
بقية الورثة فحكمه ما ذكرنا وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا
وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة
رفع المانع وليس من شرط القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن بعد ان كان مباشرا
قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية
للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله تجوز
للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة
عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود
اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز
لوارثه لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه
يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه و

ويعتبر كونه وارثاً او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت
وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث نظير الوصية لانه وصية حكماً حتى ينفذ من الثلث
واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار **قال** الا ان تجيزه
الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض
ورد بعض على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد **قال** ويجوز ان يوصي المسلم
للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم
بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد
الممات وفي الجامع الصغير والوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم
في الدين الآية **قال** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوة الموصي او ردها
فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد **قال**
ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص
صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة
ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعاً فان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم
فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب فالاولى اولى لانه يبتغي
بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل واحد منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة
فيتخير بين الخيرين **قال** والموصى به يملك بالقبول خلافاً لزفر رحمه الله وهو احد قولي
الشافعي رحمه الله هو يقول الوصية اخت الميراث فكل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت
من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا
يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت
فيها هذه الاحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول **قال** الا في مسئلة واحدة وهو ان
يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً والقياس ان تبطل
الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب
البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته
انما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات
قبل الاجازة **قال** ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية
لانه اهم الحاجتين ولانه فرض والوصية تبرع وابداً يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه
لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها **قال** ولا تصح وصية الصبي وقال

الشافعي رحمه الله تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي
راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذه يبقى على غيره ولنا انه تبرع
والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على
انه كان قريب العهد بالحلم او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو
يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى وضاع التصرفات
لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعاً في بعض
الاحوال وكذلك اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت
فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزاً او تعليقاً كما في الطلاق والعتاق بخلاف
العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه **قال**
ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح
وعندهما تصح رداً لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف
فيها معروف في موضعه **قال** ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر
من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين
صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك
بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئاً واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ
الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في
غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى **قال** ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية
والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فاذا افرد الام
بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح
افراده بالعقد صح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه وقد مر في البيوع **قال** ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع ولم يتم فجاز
الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب
يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع **قال** واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان
رجوعاً اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله ابطلت فصار
كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق
المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعاً وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب
زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار
يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه
الا بزيادة ولا يمكن نقضها لانها حصلت في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها

ويهدم بناءها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا
باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان
رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للتصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا
وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا
قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا
لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود
نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة الملك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع
اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون
جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام او ربا لا يكون رجوعا لان
الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها
لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال
العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما
اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي
يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الاخر ميتا حين
اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول
ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لاحد بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق
الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس
فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على
قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثه اسهم لصاحب الاقل سهم وسهمان
لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة
اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على
الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق
والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا
والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع
الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من التركة قيمتها

تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق
تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا اخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو
هلكت التركة ينفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة **قال** ولو اوصى بنصيب
ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن
ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال
زفر رحمه الله يجوز الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه **قال** ولو اوصى
بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد
عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا
ان يجيزه الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل
متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة
الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عم
فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر
ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء
قال ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل
والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر ثلث مالي لفلان واجازت الورثة
فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره
سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة
متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة **قال** ومن اوصى بثلث دراهمه او
بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله
له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي
عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم
في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي فصارت
الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا وكذا تقديما **قال** ولو
اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث
ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد
فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيها الجمع جبرا بالقسمة
ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل
هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو على قول الكل

لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجبر وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه بالفقه المذكور
قال ولو اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث
العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه
بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال و
انما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله
فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا
اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة
لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو وكان راضيا بكل
الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان
قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي
لفلان وسكت كان له كل الثلث وان قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال
ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية
عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا
قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له
غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين
فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت
بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه
عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى له قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا
ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله
ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها و
قيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من
الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله
لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقسم على سبعة لهن ثلثة ولكل فريق
سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان
وفسرناهما في الزكاة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن
فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلثة فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع
المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر

صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد والثلاثة للثلاث فبلغ الحساب خمسة قال ومن
اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه
لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين عندهما وعنده لا يصرف الا
الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة درهم ثم قال لآخر
قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلنا
لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة ولآخر
بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على
مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان على
دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس
لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه
صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان
انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج
اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل
التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان فادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء
وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة وان اوصى بوصايا
غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا
معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو
ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم
يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده
من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة
صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل
فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث
ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما
اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين
غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى
بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت
ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة
فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي
حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من

يستحقه بينهما أما الإقرار إخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا يصير الوارث به
شريكًا ولأنه لو قبض الأجنبي شيئًا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض
ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدًا وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة
الآخر نفاذًا وبطلانًا قال ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى
بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم
أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا
وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين
فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ولصاحب الأوسط
ثلث الجيد وثلث الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب الجيد
لا حق له في الرديء الباقي بيقين لأنه إما أن يكون وسطًا أو رديًا ولا حق له فيهما وصاحب
الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لأنه إما أن يكون وسطًا أو جيدًا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون
الرديء هو الرديء الأصلي بيقين فيعطى من محل الاحتمال وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون
لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال وإذا كانت
الدار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم فإن وقع للموصى له وإن وقع
في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له
مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول
ويتوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما إذا
أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين
الموصى به وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه فله مثل نصف ذرع البيت تنفيذًا للوصية
في بدل الموصى به وهو نصف البيت عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية
في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام
على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه
يقصد الإيصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع
قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في
هذه القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلًا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر ذرعان جميعه
مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرناه أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به
تحصيلًا لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعًا بين الجهتين التقدير
والتمليك وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد

الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد
تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت في نصيب غير
الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم
تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت
وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهمًا فيصير عشرة وعندهما
يقسم على أحد عشر سهمًا لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فيصير السهام أحد عشر
للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه
لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له
والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن
أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز
وله أن يمنع لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعًا منه أيضًا فله
أن يمتنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية
في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ
من جهة الموصي قال وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفًا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى
له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده
وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في
إعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما
فيكون مقرًا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث
فيكون مقرًا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا
أن يسلم للورثة مثلاه ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث
قال ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدًا وكلاهما يخرجان من الثلث
فهما للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعًا حين كان متصلًا بالأم فإذا ولدت
قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى تقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان
للموصى له وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعًا في قول أبي يوسف ومحمد
وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة
وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت
ولدًا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل
واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعًا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم وله أن الأم أصل والولد

تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذ الوصية فيهما جميعا ينتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا ثم هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا يرى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذلك لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طبايعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف

واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتداء المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعا والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع فكان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث تبلغ وان هلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق بعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل

المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه **قال**
ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان
ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان حكم الوصية وقد وقعت باكثر من
الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه **قال** ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق
ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه
باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته
فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت لان العبد طهر عن الجناية
بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث
ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول
قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له البينة ان العتق في الصحة
لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا
ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض
مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث
والحوادث يضاف الى اقرب الاوقات بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول له مع
اليمين **قال** الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او يقوم له
بينة ان العتق كان في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها
لاثبات حقه **قال** ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي
على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا
يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار
كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين
اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى
فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب
السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن
استناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية
وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم
دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء
فصل ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او
اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية

بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان
الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احد
الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما
استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج
يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة والحج
على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات
والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن
دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى
هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض **قال** وما ليس بواجب تقدم منه ما قدمه الموصي
لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد
فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع
كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد
وصايا الآدميين **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا لان الواجب
عليه لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه
وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه **قال** فان لم
تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة
عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن
فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من
قبل **قال** ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط
فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف
سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون
وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رحمه الله قياس لان الجار
من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه
الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون
جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل

(margin: رضاه)

(margin: اداء الواجب)

من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط
وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف
قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن
قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه صلى الله عليه وسلم
لما تزوج صفية اعتق كل من ملك ذا رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام
وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو
مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة
من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت **قال**
ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذي رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى
ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يتناول الكل **قال** ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي
رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقال
صاحباه الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك
الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد
ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به
فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب
والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة
واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن
سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة
غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه
فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى **قال**
واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة رحمه الله على اعتبار الاقرب
كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم
نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما
في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز
الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما
وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة
وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى

لذي قرابة

لذي قرابته او لاقربائه او لانسبائه من جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم
بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف **قال** ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته
عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص
قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة تشهد بذلك قوله تعالى
وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ومن اوصى لآل فلان
او لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه
وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او جنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه
والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه
بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او
لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم و
اناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء
منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر
بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن
صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم
وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان
في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رحمه الله اول قوله
وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة
الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم
قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب
كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** ومن اوصى لولد فلان
فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة
فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده
التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال
الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه توقف حتى يصالحوا له ان الاسم
يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى
النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا
حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في
هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتقهما

ولا يثبت بعد الموت والوصية يضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف
انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر
لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي موالاه
يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل
شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي
عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيه موالي الموالي لانهم موالي غيره
حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم
يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة
ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع
بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه لانهم ليسوا بموالي لا حقيقة ولا
مجازا وانما يحوز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح
تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا
على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف
على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا
الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما **قال** فان
خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه
الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث و
حقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا
الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم
عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا
وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا
لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي
الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت
في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة
فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعوا عنه **قال**
وان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع

على حكم

على حكم ملكه ولو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه
وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت
على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز
ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير
وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة
فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع
بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي
له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان
عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل
مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكها ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل
في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان
التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا تملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية
تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ولهذا انقطع
اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث
صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا
لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي ملكها اما اذا تملكها
مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له
ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله ليخدمه هنالك
اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصر
فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده
ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ
حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكانت بالجواز اولى
ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد
الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية
عن ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له
الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو الطالب ولا
حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى بخدمة عبده
ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة
لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فيعتبر هذه الحالة

بحاله الا انفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة
ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت
الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظاير وهو ما اذا اوصى بامة لرجل
وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بالخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة
لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه
المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله
وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رحمه الله
ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها
دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي
فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول
الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا
ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه
للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا
يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة
لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص
او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال** ومن
اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة
وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة
مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن
شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل
من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة
اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد
قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها
من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال
ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف
ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة
المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه

في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواته فلا يجوز ايراد العقد
عليها اصلا ولا يستحق الاولى بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز
استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم

كتاب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث لان هذا بمنزلة الوقف
عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه
معصية فلا تصح عندهما **قال** ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى
ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى
التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين **قال** وان اوصى بداره كنيسة
لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية
باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا ان نتركهم
وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في
معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة
والكنيسة وبين الوصية ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه
بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررا لله تعالى حقيقة
فيبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرز لتعلق حق
العباد بها وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانها
وضعت لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاها في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما
هو قربة على مقتضاها فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها
ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه واما اذا اوصى الذمي بان يذبح
خنازيره وتطعم المشركون فهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني
مسجدا للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهي باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان
لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة
في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا
جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا
ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات
فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا
وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام

على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة
وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد فانه يقتل
او يسلم **قال** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان
امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي
لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمته باعتبار الامان والامان كان لحقه
لا لحق ورثته وان كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته
وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه
ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تجوز عقود التمليكات منه في
حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما انه لا يجوز
لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على
السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا
بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته
جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان
الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد لان الميت
مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا
من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده
في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه **قال** وان رده في
وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينصب غيره
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي
ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته الوصية لان ذلك دلالة
الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية
او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص
بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة
اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع
والشراء وقد بيناه طرق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي
فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان في ابطاله مضرة بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب

ودفع الاول وهو على اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه
اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر
عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ
اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال
القاضي **قال** ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم
وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية
باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل معناه في العبد باطلة حقيقة لعدم ولايته
واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه
الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا
وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من
الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق
بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان
يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره **قال**
ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه
فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية
اليه جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب
يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف رحمه الله وجه القياس ان الولاية
منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو
قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيها
لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا
للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة
وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي
عن ابي حنيفة او يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف بتصحيح الاصل
اولى ومن عجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان
تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره فلو شكى اليه
الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه
ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا
على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت
ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم

على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو
منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا
لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه عنها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا
وصي له **قال** ومن اوصى الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد
منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فتثبت
لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت
الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب
اياهما يوذن اختصاص كل واحد منهما بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما
ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد
وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك
القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته
بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للموصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي
الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي
عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن و
تجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم
لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد وديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا
وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين
اذا ظفر بجنسه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه
الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في
حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان
في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى
عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير
خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية **قال** وفي
الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على
الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد

وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب
الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر
نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي
قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو
ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص
آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة
لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ
تصرفه براي المثنى كما اذا رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصي في تركته وتركة
الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل
في حالة الحيوة والجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة
اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الوصي في المال
والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه وكذا الوصي وهذا لان الايصاء
اقامة غيره مقامه فيما له ولاية فيه وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني
منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده
وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان
يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** ومقاسمة الوصي
الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرى المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون
خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي
ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد
ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرى الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه
وعند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه
غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة
قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك
على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع يرجع الموصى له
بثلث ما بقي لما بينا **قال** وان كان اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده
حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك اذا دفعه الى رجل ليحج فضاع من يده وقال
ابو يوسف ان كان مستغرقا الثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد

لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصى وكذا افرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه
شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله
ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها و
لابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل المقصود منها وهو تاديه الحج فلم يعتبر دونه وصار
كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا
قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن اوصى
بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غايب فقسمه جايزة
لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي
نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه
فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جايز لان الوصي قام
مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته
فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء
اما هنا بخلافه **قال** ومن اوصى بان يباع ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي
وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الموصى لانه هو العاقد فيكون العهدة عليه وهذه
عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال
الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه
كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع
التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء
اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد
هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر **قال** وان قسم الوصي
الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال
الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى
اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه

قال ولا يجوز

قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن
الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي الماذون
والعبد الماذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون
بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد
بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منهم تبرع لا ضرورة فيه وهم
ليسوا من اهله **قال** واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشرى على حدة
وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في
اخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل له يكتب اشترى من فلان
بن فلان ولا يكتب من فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا
وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه
ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه
الاب على الكبير الغايب اما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب
بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة
هؤلاء لان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم
قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه
مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل
ولاية الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان
اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه
فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك
الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا

فصل في الشهادة

واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان
فيها لاثباتهما معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في
القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان القاضي ولاية نصب الوصي
ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين
عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي فكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت
اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا
يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من المال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران
ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به **قال** فان شهد الوارث كبير في مال الميت

الجزوان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شهد الوارث
كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا
فعريت عن التهمة وله انه تثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث
فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها واذا شهد رجلان لرجلين على ميت
بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت
شهادة كل فريق منهم للاخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل لدين ايضا وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف رحمه الله
مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة
وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس
للاخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة
خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فيه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون
لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين
بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة
بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة فلو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد
المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد
الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى
للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة ،

كتاب الخنثى فصل في بيانه

واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان
يبول من الفرج فهو انثى لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عنه كيف يورث فقال
من حيث يبول وعن علي كرم الله وجهه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو
دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم
للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي فان كانا في السبق سواء فلا معتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا
اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس
يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على
السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل

ولانه

الى النسا

الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات
الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او
امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم تظهر احدى
هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت له هذه العلامات **فصل في احكامه**
الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت
حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء
لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته
وان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال
فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه احتياطا لاحتمال
انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس
المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب
مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه
امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد جاز ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح
لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة
لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع له الامام من بيت المال
لانه اعده فيما قلنا وان لم يكن له مال لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها
في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحرير والحلي وان ينكشف قدام
الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم
من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه
لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس
المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ
ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى
يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة
وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد
الوصفين لانه بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا
لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره
وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين
الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا
غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان يسجى قبره فهو واجب لانه ان كان انثى

يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل
مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة
لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة
ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير
نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية فهو احب الي يعني يكفن
في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنته وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث
فلا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان
وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث
ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله قال محمد المال بينهما
على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن
اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع
فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقهما ايضرب بثلثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة
ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا
احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان وفي
حال الثلاث للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى باثبان بيقين ووقع الشك في السهم
الزايد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف لزوال الكسر فصار الحساب
من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء
والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه
لان المال لا يجب بالشك فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ
فيه بالمتيقن كذي هذا الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطي نصيب الابن في تلك
الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى
او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاول للزوج النصف وللام
الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل
النصيبين فيهما **مسايل شتى** قال رضي الله عنه واذا قرئ على الاخرس
كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك
ما يعلم انه اقرار فهو جايز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله
يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي
والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله
ان الاشارة انما يعتبر اذا صارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس وان

سهو ... غير الاخرس دون
المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك
وصارت له اشارات معلومة

التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه ولان
العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقايسان وفي الابدة عرفناه بالنص
قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي بما يعرف به فانه يجوز طلاقه ونكاحه
وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نائي بمنزلة الخطاب
ممن دنا الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة و
تارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم
الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغايب والحاضر على ما قالوا
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار فينوى فيه لانه بمنزلة الكتابة
فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا
يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في هذه الاحكام للحاجة الى
ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ
والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندرئ
بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد له للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة
في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان
الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انه لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام
لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ
التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة
كساير المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس
فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب
من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك
فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق
الغايب لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للافة اللازمة
ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه
بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية
ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما
حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة
امر لم يوجد في الكتابة لانه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا وكذا الذي صمت
يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قايمة وقيل هذا تفسير
المعتقل اللسان **قال** واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة

اكثر تحرى فيه واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت
الحالة حالة الاختيار اما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة
المتيقنة تحل فى حالة الضرورة فالذى يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه
طريق يوصله الى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز
الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى
فلا يصار اليه من غير ضرورة لان الحال حال الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل
منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلوا عن المحرم
والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا
لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا
للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او
كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة •

م

تم الكتاب بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه والصلوه على سيدنا محمد وآله وصحبه
وكان الفراغ من نسخه نصف نهار السبت التاسع عشر
من محرم الحرام لسنه اثنين وخمسين والف
على يد العبد الفقير حسن بن الحاج احمد البرسوي
حال كونه قاضيا [illegible]
غفر الله له ولوالديه
ولمن [illegible]
[illegible]

والتناقض يمنع صحة الدعوى في الملك لا في دعوى النسب كما لو ادعى الملاعن نسبه بعد قضاء القاضي
بنفي النسب باللعان ولا في دعوى الحرية كما اذا اقام المكاتب البينة على ان المولى اعتقه
قبل الكتابة ولا في دعوى الطلاق كما اذا اقامت المختلعة على ان زوجها طلقها
ثلاثا قبل الخلع كذا عندهم قدس سره

اصح روایت بودرکه حضرت عزرائیل علیه السلام معراجده حضرت رسول صلی الله علیه وسلم حضرتلرینک معراج مبارکلرنده کلدکده
حضرت رسول علیه السلام سوردیلرکه یا اخی عزرائیل بوکون سندن اومارمکه بنم امتمه جان ویرمه سنی آسان ایده سن بر عمل سویله سنکه
امتمه ارمغان ایلیم دیدی پس عزرائیل علیه السلام دیدیکه یا محمد سنکا دیرم بو اوسونکه بو نمازی هرکیم قیلورسه انکا سغرایه وارد
کبی وارم آدیله سلام ویررم و جانی حلقومنه کلدکی وقت یوقارو باق دیرم نقا کوره کی جنت قپولری آچیلوب حوری قزلری
بونکچون منتظر طورورلر بو نمازی اول ساعت بر وجهله قیلیم که هیچ دونمیه اول نماز بودر رکعت ۲ فاتحه ۲ آیة الکرسی ۱۰
اخلاص ۱۰ رکوعده سبحان ربی العظیم ۲۱ سجده ده ربی الاعلی ۲۱ بو نمازی هرکیم قیلسه هفته ده ویاخود آیده ویاخود
یلده و جمیع عمرنده بر کره باری قیله